Die Befugnis des Nacherben, über seine erbschaftlichen Rechte vor Eintritt des Nacherbfalls zu verfügen.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

INAUGURAL-DISSERTATION

DER

JURISTENFAKULTÄT DER
UNIVERSITÄT ROSTOCK

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

vorgelegt von

Hans Mittag,
Referendar aus Cottbus, z. Zt. am Kgl. Landgericht Guben.

1912.
Hermann Blanke's Buchdruckerei, Berlin C. 54,
Kleine Rosenthalerstrasse 9.

Referent: Prof. Dr. Bernhöft.

Meinen Eltern.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 9

Erster Abschnitt:

Das „Recht auf den Anfall“ und die „Schutzrechte“.

1. Kapitel:
   Die rechtliche Natur des Anfallsrechts 12
   Anhang: Die „Schutzrechte“ 19
2. Kapitel:
   Die Veräusserungsmöglichkeit des Anfallsrechts . 21
3. Kapitel:
   Die Verpfändungsmöglichkeit des Anfallsrechts . . 38

Zweiter Abschnitt:

Der Herausgabeanspruch des § 2130 BGB.

4. Kapitel:
   Die rechtliche Natur des Herausgabeanspruchs . . 43
5. Kapitel:
   Die Veräusserungsmöglichkeit des Herausgabeanspruchs als eines zukünftigen 45
6. Kapitel:
   Die Verpfändungsmöglichkeit des Herausgabeanspruchs als eines zukünftigen 62

Anhang:

Der Schutz der Verfügung gegen die Gefahren, welche ihr durch eine Ausschlagung der angefallenen Erbschaft von seiten des Nacherben drohen 68

Literaturverzeichnis.

I.

Bertin, Die Verfügung über zukünftige Forderungen, Leipziger Dissertation 1908.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben (1901).

Böhm, Das Erbrecht des BGB. (1900).

Cosack, Lehrbuch des BGB. (für Allgemeinen Teil und Schuldverhältnisse 5. Aufl. 1910).

Dernburg, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 2. Aufl. 1905.

Endemann,, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8/9. Aufl. 1908.

Gillmann, Verfügung über künftige Forderungen nach BGB., Heidelberger Dissertation 1909.

Hoddik, Verfügung über künftige Rechte nach BGB., Leipziger Dissertation 1907.

Jastrow, Formularbuch. 13. Aufl. 1900.

Kohler, Der Prozess als Rechtsverhältnis. 1888.

Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. (1903).

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 1900.

Mayer, Das Erbrecht des BGB. (Benutzt nur Lieferung 1—4, 1904).

Meischeider, Letztwillige Verfügungen nach BGB. (1900).

Mitelstein, Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches. 2. Aufl. 1909.

Neumann, Handausgabe des BGB. 4. Aufl. 1905.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse des BGB. 3/4. Aufl. 1910.

v. Ohmeyer, Verfügung über künftige Rechte. 1909.

Peiser, Handbuch des Testamentsrechts (1902).

Pelargus, Erbrecht (1899).

Planck, Kommentar zum BGB. 3. Aufl. (1907).

Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen (1903).

Staudinger, Kommentar zum BGB. 5/6. Aufl. (1911).

Strohal, Das Erbrecht des BGB. 3. Aufl. (1904).

Süss, Abtretung künftiger Ansprüche, Erlanger Dissertation 1910.
Wilke-Koffka, Das BGB. mit Kommentar (1900).
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. (1906).

II.

Abrahamsohn, in Deutsche Juristenzeitung. 1903. S. 343.
Brückmann, im Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 28. S. 259 ff.
du Chesne, im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit. Bd. 8 S. 534 ff.
Cohn, in Juristische Wochenschrift. 1903. S. 364 ff.
Eccius, in Deutsche Juristenzeitung 1904. S. 54 ff.
— in Gruchots Beiträgen zum preussischen Recht. Bd. 48 S. 466 ff.
— ebenda, Bd. 53. S. 1 ff.
Grünebaum, in Deutsche Juristenzeitung 1905 S. 801 ff.
Herold, im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit. Bd. 8, S 215.
Heuer, in Deutsche Juristenzeitung. 1903, S. 28 ff.
Kohler, im Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 18, S. 107 ff.
Lippmann, in Deutsche Juristenzeitung. 1903, S. 47.
— in Deutsche Juristenzeitung. 1904, S. 255 ff.
Lützeler, in der Zeitschrift des deutschen Notarvereins. 1902. S. 536 ff.
Meikel, im „Recht". 1905 S. 185.
Müller, in Württembergische Zeitung für freiwillige Gerichtsbarkeit. 1905. S. 259.
Salinger, im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 19.
Strauss, in Deutsche Juristenzeitung. 1903. S. 342 ff.
v. Tuhr, in Deutsche Juristenzeitung. 1904. S. 426 ff.
— im Bankarchiv. Jg. 7, Nr. 18.
Wäntig, in der Zeitschrift des deutschen Notarvereins. 1906. S. 377 ff.
Motive zum BGB.
Protokolle zum BGB.
Die im Text aufgeführten Entscheidungen des Reichsgerichts und verschiedener Oberlandesgerichte.

Einleitung.

Erst das moderne Recht hat das Institut der Nacherbschaft zur praktisch vollendeten Ausgestaltung gebracht. Den Fundamentalsatz des römischen Erbrechts: semel heres, semper heres, als unpraktisch fallen lassend, hat es den Nacherben geschaffen, der in dem jeweils massgebenden Zeitpunkt den Vorerben ablöst und seinerseits wahre Erbenstellung einnimmt.

Die Tatsache, dass bei Eintritt des Nacherbfalls der zum Nacherben Eingesetzte als wirklicher Erbe figurieren wird, hilft ihm nun aber über die Zeit nicht hinweg, in welcher der Vorerbe alleiniger Beherrscher des Nachlasses ist: über die Zeit zwischen Erbfall und Nacherbfall. Während dieser unter Umständen lange Jahre andauernden Periode der Vorerbschaft wird der zum Nacherben Eingesetzte oft in die Lage kommen, sich aus seiner künftigen Erbenstellung Kredit verschaffen zu wollen. Findet er einen Geldgeber, der ihm ohne positive Sicherheit, nur im Hinblick auf die spätere Nacherbschaft, Kredit gewährt, so kann er von Glück sagen; normalerweise werden ohne Sicherheit keine baren Werte zu erhalten sein. Für den nicht mit Glücksgütern gesegneten Nacherbschaftsanwärter ist es daher eine Lebensfrage, ob er mit dem noch in den Händen des Vorerben befindlichen Nachlass irgendwelche positive Sicherheit bieten kann.

Ohne weiteres erhellt, dass er solche Sicherheit durch Verfügung über den Nachlass selbst, durch Verfügung über die einzelnen zum Nachlass gehörenden Gegenstände, nicht bieten kann. Denn nicht er, sondern der Vorerbe, ist Eigentümer, nicht er, son-

dern der Vorerbe, ist auch Besitzer dieser Gegenstände. Auf eine vom Recht gebilligte Art ist also eine Verfügung über den Nachlass selbst schlechtweg ausgeschlossen.

Allerdings kann der zum Nacherben Eingesetzte einen obligatorischen Veräusserungsvertrag, entweder über einzelne Nachlassgegenstände, oder in Analogie des § 2371 BGB. über die ganze Erbschaft schliessen. Durch einen solchen Vertrag würde er sich verpflichten, nach eingetretenem Nacherbfall dem Erwerber das Eigentum an den einzelnen veräusserten Gegenständen nach den jeweils für sie geltenden gesetzlichen Bestimmungen zu verschaffen. Dass die veräusserten Sachen dem Nacherben nicht gehören, spielt wohl für eine Verfügung, nicht aber für eine Verpflichtung eine Rolle.

Ein solcher Veräusserungs- oder auch Verpfändungsvertrag bietet aber geringe Garantien. Bei der Unsicherheit des Zeitpunktes, in welchem der Nacherbfall eintritt, könnte der unredliche Nacherbe mit Leichtigkeit die ihm angefallene Nacherbschaft noch einmal zu Gelde machen, während sein Geldgeber von der Beendigung der Vorerbschaft noch gar nichts weiss und bei dem Mangel des ius ad rem im BGB. der zweiten Veräusserung machtlos gegenübersteht. Wirkliche Sicherheit kann eben nur eine Verfügung bieten, d. h. die unmittelbare Verschiebung des rechtlichen Zustandes zu Gunsten des Geldgebers, die diesem nicht bloss einen Anspruch auf Sachen oder Rechte, sondern die Sache oder das Recht selbst verschafft. Dass eine solche Verfügung über den Nachlass auf rechtlich gebilligte Art ausgeschlossen ist, sahen wir. Demnach bliebe nur die Möglichkeit, dass der Nacherbe in der Weise positive Sicherheit bietet, dass er über seine Rechte, die ihm an dem in den Händen des Vorerben befindlichen Nachlass zustehen, zu Gunsten seines Kreditgebers verfügt, vorausgesetzt:

dass ihm solche Rechte überhaupt zustehen (unten Kap. 1), und

dass, wenn dies der Fall ist, eine Verfügung über sie möglich ist. (Unten Kap. 2 und 3.)

Es ist also zunächst zu untersuchen, ob der Nacherbe[1]) zwischen Erbfall und Nacherbfall überhaupt Rechte irgendwelcher Art an der in den Händen des Vorerben befindlichen Erbschaft hat.

---

[1]) Um das richtige, aber hässliche und unbequeme „der zum Nacherben Eingesetzte“ zu vermeiden, soll stets von dem „Nacherben“ gesprochen werden, obwohl dieser Titel erst nach Eintritt des Nacherbfalls dem zum Nacherben Eingesetzten gebührt. Das BGB. hat übrigens genau dieselbe nicht ganz korrekte Terminologie.

Erster Abschnitt.

Das „Recht auf den Anfall“ und die „Schutzrechte“.

1. Kapitel.

Die rechtliche Natur des Anfallsrechts.

Das Vorhandesein solcher Rechte dürfte unbedingt zu bejahen sein, und zwar auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung. § 2108 Abs. 2 BGB. sagt nämlich, dass im Falle des Todes des Nacherben zwischen Erbfall und Nacherbfall

„sein Recht“

auf seine Erben übergeht, setzt also mit dieser Bestimmung das Vorhandensein eines nacherbschaftlichen Rechtes zwischen Erbfall und Nacherbfall voraus.

Welcher Art ist nun dieses Recht?

Soviel steht fest: ein Recht a n der Erbschaft, ein Recht an den einzelnen Erbschaftsbestandteilen hat der Nacherbe nicht. Denn trotz seines Namens ist der Nach„erbe“ nicht Erbe: er wird „erst Erbe, nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist“. (§ 2100 BGB.) Alleiniger Erbe ist vielmehr der Vorerbe, und er ist auch alleiniger Eigentümer der Erbschaft. Rechte des Nacherben a n der Erbschaft bezw. den einzelnen Erbschaftsstücken könnten sich mithin notwendig nur als iura in re aliena darstellen. Das BGB. gibt nun einen numerus clausus der Rechte an fremder Sache; ein Recht des Nacherben an der in den Händen des Vorerben befindlichen Erbschaft ist nicht darunter. — Also ist das nach § 2108 vererbliche Recht des Nacherben kein Recht an der Erbschaft.

Die herrschende Lehre ist sich vielmehr darüber einig, dass dieses Recht ein Recht des Nacherben a u f d e n A n f a l l d e r E r b s c h a f t b e i E i n t r i t t d e r N a c h e r b f o l g e ist, d. h. ein durch den Eintritt des Nacherbfalls bedingtes Recht. So spricht

Staudinger[1]) von einer Anwartschaft, einem Recht auf den späteren Anfall der Erbschaft. So hält auch Endemann[2]) den Erwerb des Vorerben durch die dinglich begründete Anwartschaft des Nacherben gebunden. Dernburg[3]) und Paul Meyer[4]) betonen mit besonderer Schärfe, dass es sich nicht nur um eine blosse Hoffnung, eine Aussicht auf den späteren Anfall der Erbschaft handele, sondern um „ein Recht im subjektiven Sinne, eine gesicherte Erwerbsberechtigung", (Dernburg a. a. O.) um „ein wirkliches Recht im subjektiven Sinne, und zwar eine sog. Erwerbsberechtigung, d. i. das absolute Recht, bei Eintritt des Falles der Nacherbfolge die Erbschaft ipso iure zu ergreifen." (Meyer).[5])

Gegen diese in der Literatur herrschende Meinung, dass der Nacherbe vor Eintritt des Nacherbfalls ein Recht auf den Anfall der Erbschaft habe, wendet sich du Chesne.[6]) Nach ihm hat der Nacherbe, der „heres nascitures", überhaupt kein gegenwärtiges, d. h. vor dem Eintritt des Nacherbfalls vorhandenes Recht; er hat nur eine Anwartschaft, kein „Anwartschaftsrecht"; er wird nur künftig möglicherweise einmal Rechte haben. — Du Chesne stützt sich zum Beweise dieser seiner Negation eines jeden Rechtes des Nacherben auf folgende Argumente: Er weist nach — und das m. E. treffend —, dass das Recht des Nacherben kein schuldrechtliches sein kann, denn es fehlt der bei der obligatio nötige Gegenkontrahent; dass es ferner auch kein dingliches sein kann, denn der Kreis der dinglichen Rechte

[1]) Anm. 5 zu § 2100.
[2]) Lehrbuch III, S. 164.
[3]) Lehrbuch V, § 55, II, 1.
[4]) Erbrecht § 45, Anm. 7—9.
[5]) Im wesentlichen dasselbe sagen auch Strohal (Erbrecht I S. 34 in Verbindung mit I S. 71), Planck (zu § 2100, Anm. 4b), Matthiass (Lehrbuch S. 295, I) sowie schliesslich auch Herold im ZBl. f. FGG. Bd. 8, S. 215).
[6]) im ZBl. f. FGG. Bd. 8, S. 534 ff.

ist geschlossen, und unter keines lässt sich das Recht des Nacherben subsumieren. Daraus nun, dass das Recht des Nacherben weder ein obligatorisches noch ein dingliches sein könnte, zieht er den Schluss, dass überhaupt kein Recht vor Eintritt des Nacherbfalls bestünde.

Du Chesne hat sich mit dieser Argumentation die Arbeit denn doch etwas leicht gemacht. Vor allen Dingen sind doch dingliche und obligatorische Rechte nicht die einzigen Rechtskategorien: wir kennen noch Gestaltungsrechte, Persönlichkeitsrechte, Immaterialgüterrechte! Zugegeben muss allerdings werden, dass das Anfallsrecht auch in keine dieser drei Kategorien passt. Gehört denn aber wirklich zur unumgänglichen Daseinsbedingung eines Rechtes, dass es in eines der bekannten Schemata passt? Ich möchte enschieden verneinen! Man mus sich nur klar darüber sein, dass die Einteilung der Rechte in obligatorische, dingliche usw. eben nur eine Rubricierung, eine Klassificierung der bestehenden Rechtserscheinungsformen ist, die den Anspruch, erschöpfend zu sein, weder erheben will noch kann. Noch bis vor kurzem war der Begriff der „Rechte des rechtlichen Könnens" ein ganz unbekannter; trotzdem aber hätte wohl niemand die These aufgestellt, dass die Anfechtungs-, die Kündigungs-, die Aufrechnungsrechte nicht vorhanden seien, weil sie in keines der bekannten Schemata passten. Auch die Herausschälung des Begriffes der Rechte des rechtlichen Könnens, der Persönlichkeitsrechte, der Immaterialgüterrechte, hat nicht vermocht, alle noch in der Diaspora befindlichen, nicht rubricierten Rechte in eines der bekannten Schemata einzukapseln. Es sind immer noch Rechte geblieben, die abseits vom Schema, unter keiner Rubrik, ihr Leben fristen.

Gerade unser Anfallsrecht bietet uns den besten Beweis. Dass es ein R e c h t ist, darüber bedarf es keiner Untersuchung: klarer als in § 2108 BGB. kann die Rechtsnatur dieses Gebildes nicht zum Aus-

druck gebracht werden. Passt dieses nun einmal vorhandene Recht in keine der bekannten Rubriken, so ist es nicht richtig, aus diesem Grunde sein Dasein abstreiten und es zu einer blutlosen „Anwartschaft", einem rechtlichen Zustand, einer Rechtslage, herabdrücken zu wollen, wie du Chesne es tut. Vielmehr ist aus diesem Abseitsstehen des Anfallsrechtes nur die Konsequenz zu ziehen, dass es, als in keine der bekannten Rubriken passend, eine ius sui generis ist.

Die hier ausgesprochene Ansicht deckt sich zwar nicht genau mit der in der Literatur vertretenen, ist aber mit einem Teil derselben doch wohl in Einklang zu bringen: Wenn nämlich Endemann[7]) von einer „dinglich begründeten Anwartschaft des Nacherben" spricht; wenn ferner Dernburg[8]) und Meyer[9]) diese Anwartschaft als „gesicherte Erwerbsberechtigung", als „absolutes Recht, bei Eintritt des Falles der Nacherbfolge die Erbschaft ipso iure zu ergreifen", bezeichnen; wenn Meikel[10]) in dem Anfallsrecht eine „Verfügungsbeschränkung" des Vorerben sieht, wenn schliesslich Staudinger[11]) dieses Recht ein „die Kehrseite der sachlichen Gebundenheit des Nacherben darstellendes Recht" nennt: so ist zweifellos, dass diese Autoren die Frage nach dem eigentlichen Charakter des Anfallrechtes offen lassen und sich mit einer Aufzählung seiner Eigenarten begnügen, die sowohl in der Tatsache, dass das Anfallsrecht das subjektive Recht, etwas zu werden,[12]) ist, als auch darin bestehen, dass sich „für den Träger dieses Rechtes nicht lediglich ein obligatorischer Anspruch auf ein

---

[7]) Lehrbuch III. S. 164.
[8]) Lehrbuch V. § 55, II. 1.
[9]) Erbrecht § 45, Anm. 7—9.
[10]) Im Recht 05, S. 185.
[11]) Anm. 5. zu § 2100.
[12]) cf. darüber unten S. 17.

bestimmtes Verhalten gegen den Vorerben, sondern eine dem Anwärter rechtlich zustatten kommende gegenständliche Gebundenheit in Ansehung dessen, was zum Nachlass gehört," ergibt.[13])

Planck hat hier m. E. mit deutlichen Worten das zum Ausdruck gebracht, was auch die übrigen bezeichneten Autoren mit ihren etwas gewundenen und undurchsichtigen Definitionen des Anfallsrechts meinen. Sie alle haben nicht die Absicht, das Anfallsrecht in die Reihe der bekannten Schemata einzufügen: aber sie scheuen sich auch, dieses so eigenartig gebildete Recht nun einfach als ius sui generis zu bezeichnen; sie begnügen sich, wie bereits gesagt, mit der Aufzählung der Eigenarten dieses Rechtes und belegen diese Eigenarten mit den verschiedensten Bezeichnungen, die bei genauerer Betrachtung alle auf den Inhalt des soeben citierten Planckschen Satzes hinauslaufen.

Diese aufgezählten Eigenarten:

1. Die „gegenständliche Gebundenheit" des Vorerben;
2. das absolute Recht, die Erbschaft ipso iure zu ergreifen;

werden in der hier vertretenen Ansicht durchaus anerkannt, und besteht insofern eine Uebereinstimmung mit den S. 15 genannten Autoren; nur wird in der hier vertretenen Ansicht gerade aus diesen Eigenarten die Bezeichnung des Anfallsrechtes als eines ius sui generis hergeleitet. Insbesondere ist es m. E. die im Anfallsrecht liegende Berechtigung auf ipso iure Anfall der Erbschaft bei Eintritt des Nacherbfalls, die das Anfallsrecht auf einen durchaus isolierten Platz stellt. Denn wir haben durch diese Berechtigung den im heutigen Recht einzig dastehenden Fall eines Rechtes, etwas zu werden, während alle anderen sonst

[13]) so wörtlich Planck, Anm. 4b zu § 2100. Planck ist es auch, welcher die Frage, ob das Recht des Nacherben ein dingliches oder obligatorisches sei, als kaum glücklich bezeichnet.

bekannten Rechte sich als Berechtigungen, etwas zu tun oder zu lassen bezw. ein Tun oder Unterlassen von einem anderen zu verlangen, darstellen. Mir ist wenigstens kein Recht, etwas zu werden, bekannt. Das einzige in Betracht zu ziehende wäre das Erbrecht, im technischen Sinne das Recht, Erbe zu werden. Aber dieses Recht hat im BGB. keine eigentliche Stätte. Denn vor dem Erbfall besteht es nur als loses Gebilde, die man Hoffnung oder Aussicht, Erbe zu werden, bezeichnen möge; und im Moment des Erbfalls flackert sein Lebenslicht auf, um sofort wegen der im selben Moment eintretenden Realisierung wieder zu erlöschen. Der einzige Fall für ein Recht, etwas zu werden, den ich mir habe konstruieren können, ist der des § 1922 BGB. Wenn ein nasciturus zum Erben eingesetzt ist und der Erbfall tritt ein, so tritt notgedrungen auch das Recht, Erbe zu werden, (das Erbrecht), ins Leben, aber in Ermangelung eines Berechtigten als subjektloses Recht, um bis zur Geburt des nasciturus sein Scheindasein zu fristen. Aber auch für diesen Fall tauchen bei der Bestrittenheit der subjektlosen Rechte soviele Zweifel auf, dass das einzige klar vom Gesetz fixierte Recht, etwas zu werden, unser Anfallsrecht ist. Die hier vertretene Ansicht geht also insofern conform mit der auf S. 15 aufgeführten Literatur, als es die von dieser herausgearbeiteten Eigenarten des Anfallrechtes anerkennt, darüber hinaus aber diese Eigenarten als so exceptionell ansieht, dass sie aus ihnen die Bezeichnung des Anfallrechtes als eines ius sui generis herleiten zu können glaubt.

Entschieden widersprochen werden muss hingegen derjenigen Ansicht in der Literatur, welche in dem Anfallsrecht ein dingliches oder auch ein fingiertes dingliches Recht sehen will.[14]) Bei Peiser tritt dieser Gedanke am schärfsten hervor. Nach ihm hat das

[14]) So: Peiser, Testamentsrecht S. 78; Cohn in J. W. 03. S. 364 f. f.; Müller in Württ. Ztg. f. FGG. 05. S. 259.

Anfallsrecht „durch eine gesetzliche Fiktion Dinglichkeit erlangt", und zwar deshalb, weil es nach § 52 GBO. eintragungsfähig ist. Dem bei dieser Behauptung sofort sich aufdrängenden Einwand, dass der Kreis der dinglichen Rechte geschlossen ist und auch ein „fingiertes dingliches Recht" von der Art des Anfallsrechtes in diesem Kreise keine Oeffnung zum Durchschlüpfen finden könne, begegnet Peiser durch die Aufstellung der These, der Kreis der Sachenrechte sei nicht aus einer blossen Bezeichnung als solcher, sondern aus dem Inhalt der Rechtsvorschriften festzustellen: „Rechte, die im Grundbuch eingetragen werden, sind ihrer Natur nach dingliche Rechte; das folgt aus ihrer Wirkung und ihrem Zweck."

Diese Sätze können nicht anerkannt werden. Es ist unrichtig, dass ein nicht dingliches Recht durch die ihm vom Gesetz verliehene Eintragungsfähigkeit zum dinglichen wird, es sei denn, dass das Gesetz dies ausdrücklich vorschreibt. Lediglich die Tatsache, dass das Gesetz auf Grund besonderer, also exceptioneller, Vorschrift einem nicht eintragungsfähigen Recht Eintragungsfähigkeit verleiht, stempelt dieses Recht doch noch nicht zu einem dinglichen. Warum sollte das souveräne Gesetz nicht in einem Ausnahmefall gestatten, dass beispielsweise ein obligatorisches Recht, ein Miet-, ein Pachtrecht, eintragungsfähig wäre? Das obligatorische Recht bliebe trotz der Eintragung, was es ist: Miet- und Pachtrechte blieben obligatorische Rechte; nicht die Kategorie als solche würde verändert, sondern nur das einzelne von der Eintragung betroffene Recht; und auch dieses wäre nicht „ein dingliches" geworden, sondern äusserte lediglich „dingliche Wirkung"; sein Begriffsmerkmal bliebe nach wie vor der obligatorische Charakter. Weshalb soll das Gesetz also demjenigen Anfallsrecht, welches sich auf einen Immobilien enthaltenden Nachlass bezieht, nicht aus praktischen, aus Publicitätsgründen, Eintragungsfähigkeit verleihen? Sollen durch

diese Ausnahmevorschrift des § 52 GBO. nun alle die vielen, auf Erbschaften mit lediglich beweglichem Inhalt bezüglichen, Anfallsrechte, deren Eintragung genau so ausgeschlossen und unausführbar ist, wie ein Mietvertrag über eine Mobilie, zu dinglichen Rechten werden? sollen sie „durch gesetzliche Fiktion Dinglichkeit erlangt haben"? Das Unrichtige der Theorie vom dinglichen Charakter des Anfallsrechts ergibt sich bei Beantwortung dieser Frage von selbst. Es muss nochmals betont werden:

Das Anfallsrecht ist ein ius sui generis; für bestimmte Fälle wird es behandelt, als sei es ein eintragungsfähiges, also dingliches Recht; aber auch in diesen Fällen bleibt es ein Recht eigener Art und äussert lediglich dingliche Wirkung. — — —

Der Charakter des Anfallsrechtes ist im übrigen von nicht allzu grosser Bedeutung für die Beantwortung der Frage, ob eine Verfügung über dieses Recht möglich ist. Denn abgesehen von den Individualrechten, überhaupt den Rechten, welche durch eine Veräusserung eine Veränderung ihres Inhalts erleiden (§ 399 BGB.), können wohl alle Rechte veräussert werden; abgesehen von den Rechten des § 399 hat der Charakter der Rechte auf ihre Beweglichkeit keinen Einfluss. Für uns, die wir für das Anfallsrecht ein ius sui generis annehmen, ist eine Veräusserungsmöglichkeit ohne weiteres deshalb gegeben, weil eine gegenteilige gesetzliche Vorschrift nicht besteht, — vorausgesetzt, dass nicht konstruktionelle Bedenken der an sich gegebenen Verfügungsmöglichkeit entgegenstehen.

Anhang zu Kapitel 1.

Die „Schutzrechte".

Der Nacherbe hat also, wie vorstehend dargelegt, zwischen Erbfall und Nacherbfall: ein Recht auf den

Anfall der (in den Händen des Vorerben befindlichen) Erbschaft. Vor den im folgenden zu gebenden Erörterungen, ob über dieses Recht zwischen Erbfall und Nacherbfall gültig verfügt werden kann, muss noch gesagt werden, dass das Anfallsrecht nicht das einzige Recht ist, welches dem Nacherben zwischen Erbfall und Nacherbfall zusteht.

Das Gesetz gibt dem Nacherben vielmehr noch eine ganze Reihe von sog. Schutzrechten: so das Recht des § 2121 auf Inventarisierung und die ähnlichen Rechte der § § 2122, 2123. Ferner das Recht auf Auskunftserteilung über den Bestand der Erbschaft (§ 2127) und auf eventuelle Sicherheitsleistung (§ 2128). Das Vorhandensein dieser Schutzrechte ist in der Literatur unbestritten.

Ihre Uebertragungsmöglichkeit ist jedoch zu verneinen, und scheiden diese Rechte daher vollständig aus dem Rahmen der weiteren Behandlung aus. Die Negation der Uebertragungs- und damit der Verfügungsmöglichkeit ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Die aufgezählten Schutzrechte charakterisieren sich von selbst als unselbständige Rechte. Das Gesetz hat sie mit der Person des Nacherben verbunden, hat sie seinen speziellen Interessen dienstbar gemacht. Ihm allein können sie nützen, nur von ihm als individuell genau bestimmter Persönlichkeit getragen, können sie ihre schützenden, sichernden, prävenierenden Zwecke so erfüllen, wie das Gesetz es von ihnen verlangt. Es erhellt daher ohne weiteres, dass sie, von der Person des Nacherben losgelöst und mit anderen Personen verbunden, stets ein Stück ihres Charakters, ein Stück ihrer Selbst, ihrer Persönlichkeit, verlieren und somit eine durchgreifende Veränderung ihres Inhalts erfahren. Daraus aber, dass eine Loslösung dieser Rechte von der Person des Nacherben und Uebertragung auf Dritte notwendig eine Veränderung ihres Inhalts zur Folge hat, ergibt sich nach § 399 BGB.

ihre Unübertragbarkeit. Sie reihen ein in die Klasse der Individualrechte und damit der unbeweglichen, mit der Person des Trägers unlöslich verschmolzenen. Sie sind unübertragbar, eine Verfügung über sie, sei es zu Kredit-, sei es zu anderen Zwecken, ist ausgeschlossen. Möglich wäre eine Uebertragung dieser Rechte nur zusammen mit dem Rechte, an dessen Träger sie, die unselbständigen, geknüpft sind: mit dem Rechte auf den Anfall der Erbschaft.

2. Kapitel.

Die Veräusserungsmöglichkeit des Anfallsrechts.

Damit treten wir in die Untersuchung der Verfügungsmöglichkeit über das Anfallsrecht ein. Anhaltspunkte für und wider lassen sich schwer gewinnen. Das Gesetz schweigt und verweist damit auf den Weg der Konstruktion. Möglich wäre noch, dass Analogien uns den konstruktionellen Weg ebnen würden. Doch auch hier ist uns das Gesetz kein Wegweiser. Die einzigen gesetzlichen Bestimmungen, an deren analoge Heranziehung man etwa denken könnte, sind die § § 2033 Abs. 1 BGB. (Verfügung des Miterben über seinen Anteil am Nachlass) und § 2371 (Erbschaftskauf). Doch ergibt sich ohne weiteres, dass die Voraussetzungen, auf denen die hier enthaltenen Gesetzesbestimmungen sich aufbauen, von denen unserer Frage so grundverschieden sind, dass die Brücke der Analogie nicht herüberführt. Dann würde vielleicht noch die schon wiederholt erwähnte Vorschrift des § 2108 Abs. 2 (Vererblichkeit des Rechtes des Nacherben) in Erwägung gezogen werden können. Doch darf von der Vererblichkeit eines Rechtes nicht ohne weiteres auf seine Veräusserlichkeit geschlossen werden, wie Wäntig[1]) mit Recht hervorhebt.

[1]) in der Zeitschr. d. dt. Not Ver. 06, S. 386.

Als Beispiel führt er das Erbschaftsausschlagungsrecht an, das nach § 1952 vererblich, aber als ius personalissimum nicht veräusserlich ist.

Um zu einem Ziele zu gelangen, müssen wir uns zunächst klar werden, in welcher Weise der Nacherbe über das Recht auf den Anfall verfügen kann. Wir haben folgende zwei Verfügungsmöglichkeiten:

1. der Nacherbe veräussert (z. B. verkauft) sein Anfallsrecht;
2. der Nacherbe verpfändet sein Anfallsrecht.

In diesem Kapitel soll zunächst von der Veräusserung des Anfallsrechtes gehandelt werden. — Es ist das Verdienst Wäntigs,[2]) mit besonderer Schärfe darauf hingewiesen zu haben, dass in der Literatur vielfach der Unterschied zwischen dem obligatorischen Veräusserungsvertrag und der dinglichen Veräusserung[3]) des Anfallrechtes nicht scharf genug gezogen wird. Er führt eine Reihe von Autoren an, die ganz allgemein die „Veräusserungsmöglichkeit" bejahen, ohne nähere Angabe, ob sie den obligatorischen Veräusserungsvertrag oder die dingliche Veräusserung oder beides meinen.[4]) Andere Autoren[5]) gehen auf den o b l i g a t o r i s c h e n Veräusserungsvertrag des Nacherben vor Eintritt des Nacherbfalls eingehender ein, kommen aber für unsere Zwecke gar nicht in Betracht, weil sie offenbar nicht die Veräusserung des (gegenwärtigen) Rechts auf den Anfall, sondern den Vertrag über die (zukünftige) Erbschaft als solche

---

[2]) a. a. O. S. 384.

[3]) Womit im folgenden stets die Verfügung im technischen Sinne, also die unmittelbare Verschiebung des rechtlichen Zustandes, gemeint sein soll.

[4]) So: Pelargus, Erbrecht 1899 § 199 I; Salinger im Arch. BR. Bd. 19, S. 146; Böhm, Erbrecht § 31, IV.

[5]) Wilke-Koffka, Das BGB. mit Komm. V, Vorbem. zu § 2371 ff. u. Anm. 6 zu § 2371; Böhm, Erbrecht § 110 II, b.

meinen, was aus ihren Erwägungen, ob ein solcher Vertrag analog dem Erbschaftskauf zu behandeln sei, hervorgeht.

Wieder andere Autoren[6]) behandeln nur den dinglichen Veräusserungsvertrag. Auf beide Verträge weisen nur hin: Jastrow,[7]) aber sehr kurz und ohne Begründung, sowie ferner Wäntig[8]) und Planck.[9]) — Soweit die, wie sich aus vorstehender Zusammenstellung ergibt, nicht allzu klare Literatur. Wir haben demnach scharf zwischen dem obligatorischen Vertrag über die Veräusserung des Anfallsrechtes (cf. I) und der dinglichen Veräusserung desselben (cf. II) zu unterscheiden.

I.

Es soll zunächst der obligatorische Vertrag auf seine Zulässigkeit hin geprüft werden.[10]) In der Literatur scheint er durchgängig für zulässig gehalten zu werden. Teils wird (bei Jastrow, Planck und Wäntig) seine Zulässigkeit entschieden bejaht; teils wird (von den in Anm. 6 genannten) überhaupt nur die dingliche Veräusserung behandelt und ihre Gültigkeit bejaht; dann ist man versucht, anzunehmen, dass die betreffenden Autoren mit ihrem Schweigen über den obligatorischen Vertrag seine Gültigkeit per ar-

---

[6]) Staudinger Anm. 5 zu § 2100; Strohal Bd. 1, S. 192, Anm. 3 u. Bd. 2, S. 419, 2; Meyer § 45, Anm. 9.

[7]) Formularbuch Nr. 193, S. 350.

[8]) a. a. O.

[9]) Anm. 4b zu § 2100.

[10]) Wenn der obligatorische Veräusserungsvertrag auch keine Verfügung im technischen Sinne ist, da er nicht unmittelbar Rechtspositionen verschiebt, sondern diese Verschiebung erst vorbereitet, so soll doch eingehender auf ihn eingegangen werden, da er einmal als Grundlage der eigentlichen dinglichen Veräusserung von Wichtigkeit ist, und weil es fernerhin für das praktische Endergebnis der vorliegenden Frage von Interesse ist, ob der Nacherbe sich zu einer späteren dinglichen Veräusserung obligatorisch verpflichten kann.

gumentum a maiore ad minus bejahen wollen. Bei denjenigen Autoren[11]) die ganz allgemein von „Veräusserung“ reden, ohne zu sagen, ob sie den obligatorischen Vertrag oder die dingliche Veräusserung selbst meinen, lässt sich überhaupt kein Schluss ziehen. —

Soweit nun die betreffenden Autoren die dingliche Veräusserung des Anfallrechtes zwischen Erbfall und Nacherbfall für zulässig halten, lässt sich auch nichts gegen die Zulässigkeit des obligatorischen Vorvertrages zwischen Erbfall und Nacherbfall einwenden. Wenn aber, wie es Wäntig tut, dem ich mich, wie später auszuführen ist, angeschlossen habe, die Möglichkeit einer dinglichen Veräusserung des Anfallsrechtes zwischen Erbfall und Nacherbfall verneint wird, so halte ich es für unrichtig, wenn derselbe Autor die Möglichkeit des obligatorischen Veräusserungsvertrages bejaht. Mich leiten dabei folgende Gesichtspunkte:

Wenn man die dingliche Veräusserung des Anfallsrechtes zwischen Erbfall und Nacherbfall für unzulässig hält, so kann ein obligatorischer Veräusserungsvertrag notwendig nur die Verpflichtung begründen, die dingliche Veräusserung erst nach dem Eintritt des Nacherbfalls vorzunehmen; (nicht: zwischen Erbfall und Nacherbfall vorzunehmen, da die dingliche Veräusserung in dieser Zeit ja gerade nicht zulässig sein soll.) Der den obligatorischen Veräusserungsvertrag schliessende Nacherbe wäre also verpflichtet, nach dem Eintritt des Nacherbfalls und dem damit erfolgten Anfall der Erbschaft an ihn sofort die dingliche Veräusserung, die Uebertragung des Anfallsrechts auf den Erwerber, vorzunehmen. Diese dingliche Veräusserung ist nun aber einfach aus dem Grunde unmöglich geworden, weil im Moment des Eintritts des Nacherbfalls das Anfallsrecht sich realisiert, sich damit selbst aufzehrt, also erlischt. Mit

[11]) cf. oben S. 22 Anm. 4.

anderen Worten: Ein obligatorischer Veräusserungsvertrag über das Anfallsrecht zwischen Erbfall und Nacherbfall ist nach § 306 BGB. nichtig, weil er stets die Verpflichtung zu einer unmöglichen Leistung begründet, nämlich zu der Uebertragung des Anfallsrechtes nach Eintritt des Nacherbfalls, während das Anfallsrecht aber gerade im Moment dieses Eintritts seine Lebensdauer beendet. — — Mit der Tatsache, dass, wie dargelegt, rein theoretisch ein obligatorischer Veräusserungsvertrag über das Anfallsrecht für nichtig erklärt werden muss, darf die Frage nicht verwechselt werden, ob es nicht angebracht erscheint, einen solchen Vertrag, sei es im Wege der Interpretation, sei es der Conversion, als gültig aufrecht zu erhalten. Schliessen nämlich zwei Parteien einen Vertrag, in dem sie eine „Veräusserung des Anfallsrechtes" fixieren, so wird schwerlich ihre Absicht dahingehen, dass nun gerade das technische Anfallsrecht als solches veräussert werden solle: sie werden das Wort „Anfallsrecht" (oder ähnliche Ausdrücke), deren juristisch technische Tragweite ihnen kaum bekannt sein dürfte, in der Regel nur ganz zufällig gewählt, im übrigen aber lediglich beabsichtigt haben, dass dem Erwerber aus der zukünftigen Erbenstellung des Veräusserers irgend eine Sicherheit gewährt wird. Rein im Wege der Interpretation, auf der Grundlage des § 157 BGB., wird man in diesen Fällen einen Veräusserungsvertrag über das Anfallsrecht weitherzig interpretieren und ihn dahin auslegen können, dass mit der „Veräusserung des Anfallsrechtes" die „Veräusserung der zukünftig anfallenden Erbschaft als solcher" von den Parteien gemeint worden ist.[12]) Sollte infolge

---

[12]) Gerade sowie später bei der ebenfalls nichtigen dinglichen Veräusserung des Anfallrechtes eine Interpretation bezw. Conversion stattfinden kann, dahingehend, dass mit der dinglichen Veräusserung des Anfallsrechtes die Veräusserung des in § 2130 BGB. statuierten Herausgabeanspruchs gemeint sein solle. cf. darüber unten S. 36 Anm. 30.

einer sehr präcisen Ausdrucksweise der Parteien oder aus sonstigen Gründen eine blosse Interpretation des Vertrages bedenklich oder untunlich erscheinen, so würde in solchen Fällen im Wege der Conversion (§ 140 BGB.) abgeholfen werden können, da ja der an sich nichtige Veräusserungsvertrag über das Anfallsrecht den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, nämlich der Veräusserung der zukünftig anfallenden Erbschaft, in der Regel entsprechen wird; die Vortragscontrahenten werden normalerweise bereitwilligst diesem Ausweg zustimmen.

Es fragt sich bei dieser Interpretation bezw. Conversion eines obligatorischen Veräusserungsvertrages über das Anfallsrecht nur noch, ob der neue Vertrag, in welchen convertiert bezw. der aus dem ursprünglichen interpretiert wird, also der Veräusserungsvertrag über die noch nicht angefallene Erbschaft als solche, auch seinerseits gültig ist.

Diese Frage ist zu bejahen. Die Literatur[13]) hält fast einstimmig einen solchen Vertrag für gültig und unterstellt ihn analogiesierend den Bestimmungen des Erbschaftskaufs, also des Verkaufs einer bereits angefallenen Erbschaft, während bei der Veräusserung der zukünftigen Erbschaft von Seiten des Nacherben diesem ja die Erbschaft noch nicht angefallen ist. Die genannten Autoren halten eine Veräusserung der noch nicht angefallenen Erbschaft für besonders praktisch werdend gerade bei der Veräusserung der zukünftigen Erbschaft von Seiten eines Nacherben, also in Fällen wie der vorliegende, und schreiten mit dieser ihrer Lehre von der analogen Heranziehung des Erbschaftskaufs für die Veräusserung einer noch nicht angefallenen Erbschaft auf dem Wege fort, den die Motive zum BGB. [14]) bereits angebahnt haben.

---

[13]) Staudinger Anm. 1. zu § 2371; Planck Bem. 5. zu § 2371; Böhm Erbrecht S. 482.

[14]) II. S. 352—353.

Anderer Meinung ist scheinbar Wilke[15]), der die Veräusserung einer noch nicht angefallenen Erbschaft nicht als Erbschaftskauf behandelt, sondern den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen unterstellt wissen will. Da aber, wie bereits auf S. 10 hervorgehoben, nach allgemeinen Regeln ein Complex künftiger bezw. dem Veräusserer noch nicht gehörender Gegenstände sehr wohl obligatorisch veräussert werden kann, so kommt auch Wilke notwendig zu demselben Ergebnis wie die übrige Literatur. Ein Unterschied wäre nur darin zu finden, dass nach Wilkes Ansicht ein solcher Veräusserungsvertrag prinzipiell formlos geschlossen werden kann, während er nach Ansicht der übrigen Autoren, denen ich mich anschliessen möchte, in jedem Fall der Form des § 2371 BGB. bedürfte.[16])

Betont werden muss nochmals, dass die Aufrechterhaltung eines obligatorischen Veräusserungsvertrages über das Anfallsrecht im Wege der Interpretation bezw. Conversion die Nichtigkeit dieses Vertrages als solchen nicht im geringsten tangiert; dass es also unrichtig ist, wenn Wäntig (a. a. O.) die Zulässigkeit des obligatorischen Veräusserungsvertrages über das Anfallsrecht bejaht, obwohl er die dingliche Veräusserung desselben zwischen Erbfall und Nacherbfall für unzulässig hält. Denn nur dann steht, wie gezeigt, der Möglichkeit des obligatorischen Veräusserungsvertrages nichts im Wege, wenn man die dingliche Veräusserung zwischen Erbfall und Nacherbfall für möglich erachtet. Aus welchen Gründen die Gültigkeit dieser dinglichen Veräusserung jedoch nicht anerkannt werden kann, soll im folgenden gezeigt werden.

---

[15]) Das BGB. mit Kommentar Bem. 6 zu § 2371.

[16]) An dieser Formvorschrift des § 2371 dürfte übrigens eine Interpretation oder Conversion häufig scheitern. Darüber, dass solche obligatorischen Veräusserungsverträge wegen der mangelnden Sicherheit kaum praktisch sein dürften, cf. oben S. 10.

II.

Ehe wir die juristische Konstruktion einer solchen dinglichen Veräusserung einer näheren Betrachtung unterziehen, muss eine Sichtung der auch hier recht verworrenen Literatur vorgenommen werden. Zunächst finden sich bei Staudinger erhebliche Widersprüche. Staudinger hatte in den älteren Auflagen seines Kommentars[17]) die Möglichkeit einer Uebertragung des Anfallsrechtes geleugnet. 1906 erschien dann der bereits erwähnte Aufsatz Wäntigs in der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins und im Anschluss an einzelne hier gemachte Ausführungen hat Staudinger in den neueren Auflagen seine Ansicht geändert.[18]) Der Widerspruch bei Staudinger besteht nun darin, dass er die Möglichkeit der Uebertragung (dinglichen Veräusserung) des Anfallsrechtes zwischen Erbfall und Nacherbfall bejaht, gleich darauf aber hinzufügt, es werde sich hierbei um den dem Nacherben eventuell zukünftig zufallenden Herausgabeanspruch nach § 2130 BGB. handeln. Mit dieser nicht ganz klaren Ausdrucksweise kann wohl nur gemeint sein, dass die dingliche Veräusserung des (zwischen Erbfall und Nacherbfall tatsächlich vorhandenen!) Anfallsrechtes sich in Wirklichkeit als Veräusserung des (erst zukünftig nach dem Eintritt des Nacherbfalls zur Entstehung gelangenden!) in § 2130 statuierten Herausgabeanspruchs darstellt. Ohne weiteres erhellt der in diesen Sätzen liegende Widerspruch. Denn mit grosser Schärfe muss das dem Nacherben zwischen Erbfall und Nacherbfall tatsächlich zustehende Anfallsrecht, um das allein es sich hier handelt, geschieden werden von dem Herausgabeanspruch des § 2130, den der Nacherbe zwischen Erbfall und Nacherbfall noch gar nicht hat, der also zu dieser Zeit noch ein zukünftiger ist. Erst bei so scharfer Gegenüberstel-

[17]) 1. bis 3. Auflage Anm. 5 zu § 2100.
[18]) 5. bis 6. Auflage 1911, Anm. 5 zu § 2100.

lung des Anfallsrechtes und des Herausgabeanspruchs aus § 2130 wird der Widerspruch bei Staudinger recht offenbar. Es kann sich bei der Veräusserung des Anfallsrechtes nicht „um den Herausgabeanspruch aus § 2130 handeln." Daraus, dass die Veräusserung dieses zukünftigen Herausgabeanspruchs zulässig ist. wie später ausführlich dargetan werden wird, ergibt sich für die Veräusserung des zwischen Erbfall und Nacherbfall realiter vorhandenen Anfallsrechts gar nichts; dazu sind die Naturen der beiden zu grundverschieden. — Staudinger kann uns demnach für die Beantwortung der Frage, ob die dingliche Veräusserung des Anfallsrechts zwischen Erbfall und Nacherbfall möglich ist, wenig helfen.[19])

Noch weniger kommen Strohal[20]) und Meyer[21]) für uns in Betracht. Sie behandeln überhaupt nicht die Verfügungsmöglichkeit über das Anfallsrecht des Alleinnacherben, sondern die Verfügung eines Mitnacherben zwischen Erbfall und Nacherbfall über seinen zukünftigen Anteil am Nachlasse, mit dem das zwischen Erbfall und Nacherbfall wirklich vorhandene Anfallsrecht aber nicht die geringsten Berührungspunkte hat. Auch sie scheiden also für die Behandlung unserer Frage aus.

---

[19]) Möglich wäre, dass Staudinger (a. a. O.) mit der unklaren Ausdrucksweise, es werde sich bei der Veräusserung des Anfallsrechtes um den dem Nacherben zu künftig zufallenden Herausgabeanspruch nach § 2130 handeln, gemeint hat: Die (dann also notwendige nichtige!) „dingliche Veräusserung des Anfallsrechtes" werde sich im Wege der Conversion als „dingliche Veräusserung des Herausgabeanspruchs aus § 2130" behandeln lassen.

Sollte er dies gemeint haben, so ginge die hier vertretene Ansicht, wie später ausführlich dargetan werden wird, allerdings durchaus conform mit Staudinger. Nur wäre diese seine Ansicht deshalb nicht zu verwerten, weil er für die Nichtigkeit der dinglichen Veräusserung des Anfallsrechtes auch nicht den Schatten eines Grundes angibt.

[20]) Bd. I S. 192, Anm. 3 und Bd. II, S. 419, 2.

[21]) § 45, Anm. 9.

Für die Möglichkeit einer Uebertragung des Anfallsrechts, der „Anwartschaft", wie er sich ausdrückt, spricht sich entschieden Planck[22]) aus. Er gestaltet sich die Beantwortung der Frage sehr einfach insofern, als er die Möglichkeit der Verfügung über das Anfallsrecht nicht konstruktionell zu beweisen sucht, sondern aus Gesetzesbestimmungen die Möglichkeit einer solchen Verfügung analogisiert. So verweist er auf den § 2373 BGB., in dem die juristische Möglichkeit des Verkaufs der bezeichneten Anwartschaft nach seiner Ansicht als selbstverständlich vorausgesetzt wird.[23]) § 2373 BGB. sagt nun, dass ein Erbteil, der dem Erbschaftsverkäufer nach dem Abschlusse des Kaufvertrages durch Nacherbfolge anfällt, im Zweifel nicht als mitverkauft anzusehen sei.

Es ist mir unerfindlich, wie Planck mit diesem Satz beweisen will, dass das BGB. eine dingliche Veräusserung des Rechts auf den Anfall von Seiten des Alleinnacherben als „selbstverständlich" voraussetzt. Erstens ist der Erbschaftskauf nach BGB. nur ein obligatorischer Kaufvertrag, keine Verfügung über die Erbschaft, so dass also auch nur von einem obligatorischen „Verkauf", etnem Verkaufsvertrag, die Rede sein kann, wenn das BGB. den später hinzugekommenen Erbteil des Nacherben nicht als „mitverkauft" gelten lassen will. Damit setzt also das Gesetz in Uebereinstimmung mit der communis opinio, wie oben gezeigt, doch höchstens die Möglichkeit eines obligatorischen Veräusserungsvertrages des Nacherben über sein Anfallsrecht als selbstverständlich voraus und nicht die einer dinglichen Veräusserung, die uns allein interessiert.

Aber selbst das kann das Gesetz an dieser Stelle nicht meinen. Man vergegenwärtige sich nur die Si-

---

[22]) Anm. 4b zu § 2100.

[23]) Mit dem Ausdruck „Verkauf" kann im Zusammenhang der betr. Stelle nur die uns hier interessierende dingliche Veräusserung, die Uebertragung, gemeint sein.

tuation: Der Erbe verkauft, d. h. schliesst einen Kaufvertrag über eine ihm angefallene Erbschaft. Nach Abschluss des Vertrages fällt ihm durch Nacherbschaft ein neuer Erbschaftskomplex zu. Dieser Komplex (als zukünftiger!) soll nach § 2373 nicht als mit in dem Kaufvertrage inbegriffen fingiert werden, sondern es soll zu seiner Veräusserung eines neuen Vertrages bedürfen. § 2373 spricht also überhaupt nur von dem Verkauf einer Erbschaft als solcher, d. h. eines Inbegriffs von Sachen und Rechten, nicht aber von einem einzelnen, noch dazu ganz eigenartig gebildeten, Recht: dem Anfallsrecht. Das zeigt zur Genüge auch der Ausdruck „Erbteil"; trotz der manchmal nicht ganz einwandfreien Terminologie des BGB. ist es ausgeschlossen, dass das Gesetz „Erbteil" und „Anfallsrecht" zu identifizieren die Absicht hatte. Diese Plancksche Auslegung des § 2373 muss also entschieden abgelehnt werden.

Mit Planck conform geht auch du Chesne,[24]) der von seinem Standpunkt aus, dass der Nacherbe vor Eintritt des Nacherbfalls überhaupt kein Recht habe, sondern sich nur in einer „Rechtslage" befinde, consequenter auch keine Verfügung irgend welcher Art anerkennen kann.

Soweit die, wie gezeigt, grossenteils nicht zu verwertende Literatur. Es soll nun im folgenden der m. E. einzig mögliche Weg der Konstruktion beschritten werden. Hier ist es Wäntig in seinem bereits mehrfach angezogenen Aufsatz,[25]) der in äusserst scharfer Konstruktion die Unmöglichkeit einer dinglichen Veräusserung des Anfallsrechts zwischen Erbfall und Nacherbfall dartut. Wäntig untersucht hier den immerhin etwas verschwommenen Begriff der „dinglichen Veräusserung" genau daraufhin, in welcher Weise sich die juristischen Vorgänge beim Ueber-

[24]) im Zentrbl. f. FGG. Band 8 S. 534 ff.

[25]) in der Zeitschr. d. Dtsch. Not. Ver. 1906 S. 384 bis 387.

gang des Rechtes eigentlich abspielen. Bei dieser Untersuchung ergibt sich, dass sich die Verwirklichung der zwischen Erbfall und Anfall erfolgten dinglichen Veräusserung des Anfallsrechts, also der Uebergang des Rechtes selbst, notwendig nur in zwei Erscheinungsformen darstellen kann:

1. entweder es rückt der Erwerber des Rechtes beim Eintritt des Nacherbfalls unmittelbar an Stelle des zum Nacherben eingesetzten als des Veräusserers in die Erbenstellung ein;

2. oder die Erbschaft fällt zwar im Moment des Eintritts des Nacherbfalls dem zum Nacherben Eingesetzten an, gleitet aber in demselben Augenblick auf den Erwerber über, der damit in die Erbenstellung einrückt.

Betrachten wir nun die

1. Möglichkeit:

Der Erwerber rückt unmittelbar an Stelle des ursprünglichen Nacherben in die Erbenstellung ein. Das hiesse also: er ist Erbe, nicht der zum Nacherben Eingesetzte! Dieser hätte also einen anderen inter vivos als Erben eingesetzt. Einen anderen als Erben einsetzen, kann er aber nur in seiner Eigenschaft als Erblasser, also in einer Verfügung von Todeswegen über sein eigenes Vermögen. Nicht aber kann er inter vivos einen Dritten als Erben hinstellen. Das kann eben nur der Erblasser oder das Gesetz. — Genau derselbe Gedanke ist in den Motiven zum BGB.[26]) zum Ausdruck gelangt. Die Motive hielten ein besonderes Verbot der Verfügung über das Anfallsrecht deshalb für überflüssig, weil der Nacherbe ohne eine besondere Gesetzesvorschrift zu einer Verfügung gar nicht imstande sei, da eben nur Erblasser und Gesetz zum Erben berufen könnten.

---

[26]) Bd. V. S. 122.

Damit fällt dieser erste Versuch, die Vorgänge bei der Verwirklichung der dinglichen Veräusserung zu konstruieren.

Es liesse sich vielleicht einwenden: ist es denn nötig, dass bei der dinglichen Veräusserung des Anfallsrechtes der Erwerber Erbe wird? liesse sich nicht so konstruieren, dass der zum Nacherben Eingesetzte, der Veräusserer, bei Eintritt des Nacherbfalls wirklich Erbe würde, also ein der nuda proprietas Roms ähnliches nudum ius erlangte, der Erwerber aber, ohne Erbe zu sein, alle Rechte einer Erbenstellung genösse und so seine Befriedigung erlangte; dass sich auf diese Weise also die dingliche Veräusserung des Anfallsrechtes ermöglichen liesse! — Ganz abgesehen von der Frage, ob sich für das heutige Recht solche Bonitarier und Quiritarier des Erbrechts verteidigen liessen, scheint mir diese Konstruktion deshalb schlechthin unrichtig, weil die Veräusserung des Anfallsrechtes eben bedeutet, dass der Anfall auch wirklich an den Erwerber erfolgt; und der, dem eine Erbschaft anfällt, ist Erbe; es kann nicht dem einen die Erbschaft anfallen und ein anderer trotzdem ihr Erbe werden. Das ist ein Widerspruch in sich. — — Jetzt die

2. Möglichkeit,

die Wäntig erörtert: im Moment des Nacherbfalls wird der zum Nacherben Eingesetzte Erbe; im gleichen Moment aber springt, geschnellt von dem dinglich wirkenden Veräusserungsvertrag, die Erbenstellung auf den Erwerber über. Hier würde also ein Erbe einen anderen nicht, wie im Fall 1), zum Erben eingesetzt haben; aber er würde ihm durch einen einzigen Rechtsakt Erbenstellung verschaffen: er würde also die Summe seiner erbschaftlichen Rechte im ganzen auf einen anderen übertragen. — Nach BGB. ist es nun aber ausgeschlossen, dass ein Erbe seine Erbenstellung im

ganzen überträgt! Das Gesetz gibt klar und deutlich an, in welcher Weise die einzelnen Erbentypen, die es kennt, den ihnen angefallenen Nachlass weitergeben, verwerten können:

es gibt dem Alleinerben die Möglichkeit, sich durch Veräusserung, Belastung etc. der einzelnen Erbschaftsgegenstände Barmittel und Kredit zu verschaffen; es bietet ihm die Erleichterung eines obligatorischen Verkaufs der ganzen Erbschaft, wenn ihm die Einzel-Veräusserung nicht schnell genug geht;

es gibt dem Miterben, welchem durch das Gemeinschaftsverhältnis, in dem er sich befindet, die Hände gebunden sind, in § 2033 BGB. die Befugnis, seinen Anteil an der Erbschaft im ganzen zu übertragen;

beim Nacherben aber schweigt das Gesetz! —

Nun ist zu bemerken: durch die Bestimmung des § 2033, dass ein Miterbe seinen Anteil am Nachlass im ganzen übertragen kann, schafft das Gesetz in der Tat eine Ausnahme von dem oben S. 33 statuierten Satze, dass eine Uebertragung der Erbenstellung im ganzen nach BGB. ausgeschlossen sei. Denn durch die Uebertragung seines Anteils an der Erbschaft verschafft der veräussernde Miterbe einem anderen uno actu (Mit-) Erbenstellung, so dass sich im Endeffekt „Uebertragung des Anteils“ und „Uebertragung der Erbenstellung“ durchaus decken.

Wenn nun das Gesetz wegen der besonderen Stellung des Miterben bei ihm ausdrücklich von der Regel: „die Erbenstellung im ganzen ist unübertragbar“, abweicht, so fragt es sich, ob sich nicht empfehlen würde, in mutiger, extensiver Gesetzesinterpretation diese Ausnahme auch dem Nacherben zuzubilligen, weil, wie anerkannt werden muss, auch seine Stellung zwischen Erbfall und Nacherbfall eine durchaus eigenartige ist, und auf diese Weise die dingliche Veräusserung des Anfallsrechtes zu ermöglichen.

Ich habe diesen Mut nicht. Gewiss ist zuzugeben, dass eine Kreditverschaffungsmöglichkeit für den Nacherben zwischen Erbfall und Nacherbfall, und zwar eine Kreditverschaffungsmöglichkeit durch dingliche Veräusserung, durch Verfügung, überaus wünschenswert erscheint, und dass die Motive[27]) auf abwegigen Bahnen wandeln, wenn sie meinen, das Recht des Nacherben sei vor Eintritt des Nacherbfalls nicht geeignet, ein Verkehrsobjekt zu bilden, und von einer verfrühten Veräusserung als von einer unwirtschaftlichen, im öffentlichen Interesse tunlichst zu verhütenden, sprechen. Der Forderung, durch weitherzige Gesetzesauslegung auch dem Nacherben die Uebertragungsmöglichkeit der Erbenstellung im ganzen zuzubilligen, wäre nur dann näher zu treten, wenn es nicht andere Wege gäbe, auf denen der Nacherbe zur klingenden Verwertung seiner Rechte gelangen könnte. Da ein solcher Weg aber in der Uebertragung des Herausgabeanspruchs des § 2130 BGB. vorhanden ist,[28]) so sehe ich keinen Grund, das Gesetz derartig weit auszulegen und muss es deshalb ablehnen, den Satz: „Es gibt keine Veräusserung der Erbenstellung im ganzen," auch zu Gunsten des Nacherben mit Ausnahme zu durchlöchern.

Wir sehen also, dass sich sowohl im BGB. als auch in den Dokumenten seiner Entstehungsgeschichte[29]) nichts finden lässt, aus dem geschlossen

[27]) Bd. V S. 122.

[28]) cf. darüber ausführlich unten S. 45 ff.

[29]) Die Protokolle zum BGB. (Kommission für die 2. Lesung Bd. V S. 81 ff.) sprechen allerdings einmal davon, dass man dem Nacherben ein festes vererbliches Recht geben wollte, „welches derselbe schon vor dem endgültigen Anfall der Erbschaft verwerten könnte". Ich möchte diesem Satz jedoch im Anschluss an Wächtig kein besonderes Gewicht beilegen, da der Abschnitt, in dem er steht, überhaupt nur von der Vererblichkeit des Rechts des Nacherben handelt, die Veräusserlichkeit hingegen mit keinem Worte erwähnt. Das Wort „verwerten" soll, wie sich aus einem spä-

werden könnte, dass beim Allein-Nacherben wegen seiner besonderen Stellung das Prinzip der „Unveräusserlichkeit der Erbenstellung uno actu“ durchbrochen werden sollte. Dass deshalb auch die zuletzt behandelte Erscheinungsform, in der die Verfügung über das Anfallsrecht sich darstellen könnte, nicht haltbar ist.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, dass eine dingliche Veräusserung des Anfallsrechtes vor Eintritt des Nacherbfalls nicht möglich ist.[30]) —

Es soll nun noch kurz untersucht werden, ob und wie sich das Reichsgericht zur vorliegenden Frage gestellt hat. Von vornherein ist zu bemerken, dass eine Entscheidung über den Kernpunkt unserer Frage, der Frage, ob über das Recht auf den Anfall von Seiten des Alleinnacherben verfügt werden kann, nicht vorhanden ist. Es gibt allerdings eine unter der Herrschaft des ALR. gefällte Entscheidung,[31]) welche diese Frage entschieden bejaht. Doch hatte der Fideikommissar des Landrechts eine ganz andere Stellung als der heutige Nacherbe. Er hatte, wie in der genannten Entscheidung klar zum Ausdruck gelangt und wie auch schon in früheren Entscheidungen[32]) betont war, ein wirkliches Erbrecht. Da dieses Erb-

---

teren Satze ziemlich deutlich ergibt, daher wohl nur bedeuten, dass der Nacherbe als solcher kreditwürdiger sei, wenn man ihm die Vererblichkeit seines Rechtes zugestünde, was in § 2108 BGB. ja denn auch geschehen ist.

[30]) In Praxi könnte auch hier, ähnlich wie beim obligatorischen Veräusserungsvertrage, durch Interpretation oder Conversion abgeholfen werden. Denn da, wie im 5. Kapitel ausführlich dargetan werden wird, die Veräusserung des Herausgabeanspruchs aus § 2130 BGB. bereits zwischen Erbfall und Nacherbfall möglich ist, so steht nicht das Geringste im Wege, die „dingliche Veräusserung des Anfallrechtes“ interpretativ oder im Wege der Conversion als „Veräusserung des in § 2130 BGB. statuierten Herausgabeanspruchs“ zu behandeln.

[31]) RGZ. Bd. 33, S. 293 ff.

[32]) z. B. bei Gruchot Beitr. Bd. 31, S. 955.

recht, d. h. die Summe seiner erbschaftlichen Rechte nach ALR. anders als nach BGB. veräusserlich ist, so steht einer dinglichen Veräusserung des dem Fideikommissar zustehenden Erbrechts naturgemäss kein Hinderungsgrund entgegen. Mit dieser Entscheidung lässt sich also heute wenig anfangen.

Eine zweite wichtigere Entscheidung findet sich bei Gruchot;[33]) sie datiert vom 11. Juni 1907.

Hier ist klar und deutlich ausgesprochen, dass die Verfügung eines Mitnacherben über seinen zukünftigen Anteil am Nachlass vor Eintritt des Nacherbteils gültig sei; neben dieser Frage, die mit der unserigen, vom (gegenwärtigen) Recht auf den Anfall des Alleinnacherben handelnden nicht das Geringste zu tun hat, finden sich aber Stellen in der Entscheidung, die darauf hinzuweisen scheinen, dass RG. auch die Verfügung eines Alleinnacherben über sein Anfallsrecht als gültig behandelt wissen will. Staudinger[34]) liest aus dieser Entscheidung jedenfalls heraus, dass RG. den dinglichen Vertrag über das Recht des Alleinnacherben als gültig anerkennt. Ich kann aber eine klare Bejahung unserer Frage in der Entscheidung nicht finden; soviel steht jedenfalls ausser jedem Zweifel, dass RG. keine Gründe für die Uebertragungsmöglichkeit des Rechtes des Alleinnacherben angibt und schon aus diesem Grunde für unsere Frage nicht zu verwerten ist.[35])

[33]) Bl. f. R. A. W. Bd. 73 S. 283 ff; dieselbe Entscheidung ist abgedruckt in der Zeitschr. f. Recht in Bayern 1907, S. 388 ff.

[34]) Anm. 6 zu § 2100.

[35]) Es ist an dieser Stelle dem RG. wohl ein Irrtum unterlaufen, wenn es aus der Tatsache, dass die Motive von dem Verbot einer dinglichen Veräusserung absehen, ableiten will, dass man einer Veräusserung günstig gesinnt gewesen sei. Denn die Motive sehen, wie sie ausdrücklich an derselben Stelle aussprechen, von einem Verbot der Veräusserung nur deshalb ab, weil sie aus den oben S. 32 angeführten Gründen eine dingliche Veräusserung für ausgeschlossen hielten.

3. Kapitel.

Die Verpfändungsmöglichkeit des Anfallsrechts.

Nach der Vereinigung der Möglichkeit einer (obligatorischen sowohl wie dinglichen) Veräusserung des Anfallsrechtes kommen wir zu der Frage, ob eine Verpfändung dieses Rechtes möglich ist.

In der Literatur ist im allgemeinen nur von der dinglichen Veräusserung die Rede, die Verpfändung hingegen nur nebenbei oder gar nicht erwähnt. So spricht Wäntig[1]) bald von Veräusserung, bald von Verfügung, scheint also, da die Verpfändung eine Verfügung ist, die Verpfändung der Veräusserung gleich behandelt wissen zu wollen; während Planck[2]) ausdrücklich vom Verkauf, Staudinger[3]) von Veräusserung spricht. Ob auch sie Verpfändung und Veräusserung gleichstellen wollen, lässt sich also nicht sagen. Sonstige Behandlungen dieser Frage habe ich in der Literatur nicht finden können. Gründe für seine Stellungnahme betreffs der Verpfändung des Anfallsrechts gibt keiner der eben genannten Autoren.

Treten wir der Verpfändung des Anfallsrechts näher! Da sich im Gesetz nicht der mindeste Anhalt finden lässt, so sind wir auch hier, genau wie vorhin bei der dinglichen Veräusserung, auf den allein gangbaren Weg der Konstruktion angewiesen. Auch hier müssen wir zunächst (obligatorischen) Pfandvorvertrag und (dingliche) Verpfändung auseinander halten.

I.

In einem obligatorischen Pfandvorvertrage zwischen Erbfall und Nacherbfall würde sich der Pfandschuldner entweder verpflichten, die eigentliche dingliche Verpfändung des Anfallsrechts ebenfalls zwischen Erbfall und Nacherbfall vorzunehmen: Dieser

[1]) in der Zeitschr. d. Dtsch. Not. Ver. S. 377 ff.
[2]) Anm. 4b zu § 2100.
[3]) Anm. 5 zu § 2100.

Vorvertrag wäre deshalb nichtig, weil, wie wir unter II sehen werden, eine dingliche Verpfändung zwischen Erbfall und Nacherbfall nicht möglich ist.

Oder er würde sich verpflichten, die Verpfändung des Anfallsrechts erst nach Eintritt des Nacherbfalls vorzunehmen. Diese Verpflichtung ist aber wieder, genau wie bei der Veräusserung, deshalb nach § 306 BGB. nichtig, weil, wie oben S. 24 ausführlich dargelegt, im Moment des Eintritts des Nacherbfalls das Anfallsrecht mit der eintretenden Realisierung erlischt und deshalb notwendig seine Verpfändung unmöglich wird. — Ein obligatorischer Pfandvorvertrag ist also in genauer Parallele zum obligatorischen Veräusserungsvertrag nicht möglich.[4])

II.

Bei weitem nicht so genau lässt sich die Parallele zwischen dinglicher Veräusserung und (dinglicher) Verpfändung des Anfallsrechtes zwischen Erbfall und Nacherbfall ziehen, obwohl, wie wir sehen werden, auch die Verpfändung für nicht möglich erklärt werden muss. Der innerste Grund dieser auffallenden Erscheinung liegt in der verschiedenen Wirkung, welche die Veräusserung als Verfügung par excellence auf der einen Seite und die weit schwächer wirkende Verpfändung auf der anderen Seite ausüben. Die

[4]) Sehr zweifelhaft ist, ob der obligatorische Pfandvorvertrag über das Anfallsrecht im Wege der Conversion bezw. Interpretation als Pfandvorvertrag über die zukünftige Erbschaft als solche aufrecht erhalten werden kann. Denn § 2371 BGB. spricht nur vom Verkauf, § 2385 von „anderen Verträgen, die auf die Veräusserung einer dem Veräusserer angefallenen Erbschaft gerichtet sind". Nun ist aber die Verpfändung nach herrschender Meinung von der Veräusserung (Kauf, Tausch etc.) zu trennen! Infolgedessen ist bei so scharfer Betonung der Veräusserung im Gesetz die (obligatorische) Verpfändung der angefallenen Erbschaft (und damit erst recht der noch nicht angefallenen!) für ausgeschlossen zu erachten. — Die Literatur schweigt.

dingliche Veräusserung war, wie der Klarheit halber kurz rekapituliert werden soll, deshalb unmöglich, weil bei ihr der Erwerber mit Eintritt des Nacherbfalls entweder unmittelbar als Erbe figurieren, oder die Erbenstellung in toto erhalten müsste, beides aus den angeführten Gründen nach BGB. unzulässige Konstellationen.

Bei der Verpfändung des Anfallsrechts liegt nun die Sache ganz anders. Es bleibt nämlich bei der Verpfändung eines Rechtes das verpfändete Recht beim Verpfänder zurück, wie ja auch bei Verpfändung einer Sache das Eigentum beim Verpfänder zurückbleibt. Der Pfandgläubiger erhält nur ein Pfandrecht, also ein beschränktes dingliches Recht am Rechte, nicht das Recht selbst. Daraus folgt für unseren Fall, dass der Nacherbe sein Anfallsrecht trotz der Verpfändung behält, dass also in dem Moment, wo sich das Anfallsrecht realisiert (bei Eintritt des Nacherbfalls), diese Realisierung in der Person des Nacherben/Verpfänders eintritt, er also Erbe, Eigentümer und Besitzer der Nachlassgegenstände wird, und nicht, wie es bei einer Veräusserung sein müsste, der Erwerber/Pfandgläubiger. Insoweit stünde einer dinglichen Verpfändung (ganz anders als bei der dinglichen Veräusserung!) des Anfallsrechts nichts im Wege. Fragen wir nun aber: was wird bei Eintritt des Nacherbfalls mit dem Pfandgläubiger? was bleibt ihm? so lautet notwendig die Antwort: Der „Pfandgläubiger“ ist nach Eintritt des Nacherbfalls nicht mehr Pfandgläubiger, er ist zum blossen Personalgläubiger herabgesunken: denn sein Pfandrecht ist im Moment des Eintritts des Nacherbfalls erloschen, weil das verpfändete Anfallsrecht in diesem Moment, mit seiner Verwirklichung, erlosch, an einem nicht mehr vorhandenen Rechte aber selbstverständlich kein Pfandrecht mehr bestehen kann.

Dieses Resultat erscheint unbefriedigend. Ich sehe aber keinen Angriffspunkt, an dem man den Hebel zur Schaffung eines glücklicheren Ergebnisses einsetzen könnte. Denn dass im Moment des Eintritts des Nacherbfalls, mit seiner Verwirklichung, das Recht auf den Anfall erlischt, ist ebenso sicher, wie die Tatsache, dass ein Forderungsrecht mit seiner Realisierung untergeht. Dass sich das Anfallsrecht aber beim Nacherben/Verpfänder und nicht beim Erwerber/Pfandgläubiger realisiert, folgt notwendig aus dem schon erwähnten Umstand, dass das verpfändete Recht beim Verpfänder zurückbleibt.

Denkbar wäre es, im Wege der Analogie helfen zu wollen. Wir haben nämlich im BGB. einen ganz analogen Fall beim Forderungspfandrecht! Wird hier die verpfändete Forderung vor Fälligwerden der Hauptforderung fällig, so darf der Schuldner der verpfändeten Forderung nur an seinen Gläubiger und den Pfandgläubiger gemeinschaftlich leisten (§ 1281) und der Pfandgläubiger erwirbt ein Pfandrecht bezw. eine Sicherungshypothek an den geleisteten Gegenständen (§ 1287). Auch hier müsste an sich das Pfandrecht erlöschen, weil die verpfändete Forderung mit ihrer Erfüllung untergeht; das Gesetz vermeidet aber dieses Ergebnis durch ausdrückliche Gegenmassregeln! Würden wir die Bestimmung der §§ 1281 und 1287 analog auf unseren Fall anwenden können, so müsste nach Eintritt des Nacherbfalls, also nach Realisierung/Erlöschen des verpfändeten Anfallsrechts der Nachlass an den Nacherben und den Pfandgläubiger gemeinschaftlich herausgegeben werden und damit der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an den Erbschaftsgegenständen erwerben.

Eine solche Wirkung kann aber die Verpfändung des Anfallsrechts allein nie haben. Eine Herausgabe an Nacherben und Pfandgläubiger gemeinschaftlich kann nur dann dem Pfandschuldner zugebilligt werden, wenn ihm neben dem Anfalls-

recht auch der Herausgabeanspruch aus § 2130, oder auch dieser letztere allein, gültig verpfändet ist. An dieser Stelle aber, wo es sich nur um die Verpfändung des Anfallrechtes allein handelt, ist eine Analogie aus § § 2180 und 2187 BGB. schlechtweg ausgeschlossen: denn die in ihnen enthaltenen Bestimmungen beziehen sich speziell auf Forderungsrechte, nicht auf Rechte allgemein: und das Anfallsrecht ist kein Forderungsrecht, es muss von dem in § 2130 statuierten Herausgabeanspruch aufs schärfste geschieden werden. Und auf keinen Fall kann, wie oben S. 28 ausgeführt, Staudinger darin beigepflichtet werden, dass die Verfügung über das Recht auf den Anfall sich als Verfügung über den Herausgabeanspruch des § 2130 darstelle. Es muss vielmehr noch einmal mit Entschiedenheit betont werden, dass „Recht auf den Anfall" und „Herausgabeanspruch aus § 2130" durchaus zu scheiden sind: das eine ein Recht, der andere ein Gesamtanspruch, eine Summe von Forderungen und damit haarscharf am Forderungsrecht selbst grenzend; das eine zur Zeit der Verpfändung vorhanden, der andere erst künftig eintretend.[5])

[5]) Für die Behandlung der „Verpfändung des Anfallsrechtes" als „Verpfändung des Herausgabeanspruchs aus § 2130" gilt das oben S. 36 in Fussnote 30 Gesagte.

Zweiter Abschnitt.

Der Herausgabeanspruch des § 2130 BGB.

4. Kapitel.

Die rechtliche Natur des Herausgabeanspruchs.

Im ersten Abschnitt ist ausgeführt worden, dass die Verfügung sowohl über das Anfallsrecht wie über die Schutzrechte nicht zulässig ist. Mit diesen beiden ist der Bestand der dem Nacherben zwischen Erbfall und Nacherbfall zustehenden erbschaftlichen Rechte erschöpft.

Es werden aber dem Nacherben bei Eintritt des Nacherbfalls noch andere erbschaftliche Rechte zufallen, und es fragt sich, ob er über diese schon zwischen Erbfall und Nacherbfall verfügen kann. Den Gegenstand einer solchen Verfügung würden demnach stets noch nicht bestehende, also zukünftige Rechte bilden. Unsere Aufgabe im folgenden ist daher, zunächst zu untersuchen, was für erbschaftliche Rechte der Nacherbe bei Eintritt des Nacherbfalls zu erwarten hat (cf. dieses Kapitel), und ob er über die zukünftigen, zwischen Erbfall und Nacherbfall verfügen kann (Kapitel 5 und 6). — Welche Rechte erhält nun der Nacherbe bei Eintritt des Nacherbfalls?

I.

Zunächst springt im Moment des Nacherbfalls für den Nacherben das Erbrecht, das Recht, Erbe zu werden, auf. Da es sich aber im selben Moment realisiert und mit seiner Realisierung erlischt, so kommt es praktisch für eine Verfügung gar nicht in Frage.

II.

§ 2130 BGB. verpflichtet nun den Vorerben, dem Nacherben bei Eintritt des Nacherbfalls die Erbschaft in ordnungsmässigem Zustande herauszugeben. Dieser Verpflichtung des Vorerben korrespondiert ein Anspruch des Nacherben auf Herausgabe der Erbschaft, dessen Veräusserungs- bezw. Verpfändungsmöglichkeit im folgenden den Gegenstand unserer Untersuchungen bilden soll. Ehe wir auf die hierbei flüssig werdenden Streitfragen eingehen, wollen wir die Natur dieses Herausgabeanspruchs einer kurzen Beleuchtung unterziehen. Zunächst ist da zu bemerken, dass der Herausgabeanspruch des § 2130 BGB. nicht das Geringste zu tun hat mit dem ähnlichen Anspruch des Vermächtnisnehmers gegen den Beschwerten. Wenn auch die moderne Nacherbschaft auf das römische Universalfideikommiss als auf seine älteste Quelle zurückblicken kann, wenn auch bei diesem in Analogie des Vermächtnisrechts dem Fideikommissar nur ein persönlicher Herausgabeanspruch gegen den Fiduziar bei Eintritt des dies veniens gegeben war, so ist doch nach heutigem Recht die Stellung des Nacherben eine ganz andere, freiere, stärkere. Denn mit Eintritt des Nacherbfalls fällt ihm die Erbschaft, wie jedem anderen Erben, ipso iure an. Er wird also im Moment des Nacherbfalls sowohl Eigentümer wie auch Besitzer der Erbschaftssachen; so dass ein Herausgabeanspruch, wie ihn § 2130 statuiert, nur den Sinn hat, ihm die tatsächliche Innehabung, die „hebbende Gewere", zu verschaffen im Gegensatz zu der bloss „ideellen Gewere", die ihm nach § 857 BGB. mit dem Nacherbfall ipso iure anfällt.

Der Herausgabeanspruch ist nun kein gewöhnliches Forderungsrecht: er enthält eine Summe von Forderungsrechten, stellt sich mithin als besonderer erbrechtlicher Gesamtanspruch dar und hat als solcher viel Aehnlichkeit mit dem Erbschaftsanspruch des

§ 2018 BGB. (wie ja auch dem römischen Fideikommissar eine hereditatis petitio fideicommissaria gegeben war). So die herrschende Meinung,[1]) die auch mit Recht hervorhebt, dass der Herausgabeanspruch aus § 2130 wohl Aehnlichkeit mit dem Erbschaftsanspruch des § 2018 habe, dennoch aber keineswegs mit ihm identisch sei.

5. Kapitel.

Die Veräusserungsmöglichkeit des Herausgabeanspruchs als eines zukünftigen.

Uns interessiert nun hier vor allem die Frage, ob der Herausgabeanspruch des § 2130 abtretbar bezw. verpfändbar ist. Mit Ausnahme von Wäntig,[1]) der sich bejahend äussert, schweigt die Literatur über diese Frage; man kann jedoch eine bejahende Antwort aus ihr herauslesen. Es führt nämlich Planck[2]) eine Reihe von Verschiedenheiten zwischen Erbschaftsanspruch und Herausgabeanspruch des § 2130 an, will aber, abgesehen von diesen Verschiedenheiten, „die auf den Erbschaftsanspruch sich beziehenden Vorschriften zur Ausgestaltung des in § 2130 bestimmten Anspruchs ergänzungsweise zur entsprechenden Anwendung bringen". Da er unter den Verschiedenheiten die Veräusserungsmöglichkeit nicht aufführt, so will er demnach Erbschaftsanspruch und Herausgabeanspruch in Bezug auf ihre Veräusserungsmöglichkeit gleich behandelt wissen, d. h. er bejaht sie bei beiden. Ferner will auch Strohal, der im zweiten Band seines „Erbrechts"[3]) die Veräusserungs-

---

[1]) Planck Anm. 4 zu § 2130; Strohal Bd. 2 S. 382; Binder, Die Rechtsstellung des Erben III, S. 394/95; Langheineken, Anspruch und Einrede S. 154, Anm. 2.

[1]) a. a. O. S. 399/400.

[2]) Anm. 4 zu § 2130.

[3]) S. 379, II, 1.

möglichkeit des Erbschaftsanspruchs als selbstverständlich voraussetzt, diesen ergänzend für die Behandlung des Anspruchs aus § 2130 heranziehen,[4]) bejaht damit also gleichfalls die Veräusserungsmöglichkeit.[5])

Die herrschende Meinung hält also die Veräusserungsmöglichkeit des Herausgabeanspruchs aus § 2130 für möglich. Wir sahen bereits, dass er erst mit Eintritt des Nacherbfalls zur Entstehung gelangt, dass er also zu der Zeit, als über ihn verfügt wurde, ein zukünftiger war. Demnach haben wir uns im folgenden mit der Frage zu befassen: Kann über zukünftige Rechte wirksam verfügt werden? können sie abgetreten, veräussert, können sie verpfändet werden?[6])

Zunächst ein kurzer Ueberblick: Im gemeinen Recht wurde die Frage, ob künftige Forderungen abgetreten werden können, überwiegend bejaht. Gleichviel, ob sich die Bejahung aus der Tatsache ergab, dass die gemeinrechtliche Zession, das römische mandatum agendi, keine Verfügung enthielt, wie die heutige Zession:[7]) die Zession künftiger Forderungen war, wie eine Reichsgerichtsentscheidung vom 20. Januar 1891[8]) sagt, unbestritten. Die Frage ist nun, ob nach BGB., das die in Frage kommende Materie nicht regelt, eine Zession künftiger Forderungen gleichfalls möglich ist. Der Stand der Meinungen ist augenblicklich der, dass das Reichsgericht und verschiedene Oberlandesgerichte, zuerst OLG. Hamburg 1901, sich entschieden und wiederholt für die anti-

[4]) S. 382, Anm. 9 i. f.

[5]) Ebenso auch Binder und Langheineken a. a. O.

[6]) Es können bei der Behandlung dieser Frage selbstverständlich nicht alle anklingenden Probleme erörtert werden, da dies über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen würde. Nur die Hauptpunkte sollen in engem Konnex zur Frage der Verfügungsmöglichkeit über den Anspruch des § 2130 herausgearbeitet werden.

[7]) Eccius DJZ. 04, S. 54.

[8]) Auf sie wird in RGZ. Bd. 55, S. 334 verwiesen.

cipierte Zession ausgesprochen haben, und zwar in Uebereinstimmung mit der überwiegenden Meinung in der Literatur, die, seitdem Heuer[9]) noch vor der ersten über den strittigen Punkt ergangenen Reichsgerichtsentscheidung die Frage angeschnitten hatte, sich sehr lebhaft für und wider äusserte. Bekämpft wird die Zession künftiger Forderungen insbesondere von Eccius, der seinen in der Deutschen Juristenzeitung 1904 vertretenen Standpunkt auch neuerdings in Gruchots Beiträgen entschieden festhält.[10]) — —

Aus dem Gesetz selbst einen Standpunkt für und wider die anticipierte Zession zu gewinnen, dürfte schwierig sein, da sich beim Fehlen jeglicher positiver Bestimmung nur auf den Krücken der Analogie vorwärtsgehen lässt. Immerhin lässt sich aus den einschlägigen Zessionsbestimmungen durch Analogie in Verbindung mit Konstruktion wertvolles Material gewinnen, und es sollen daher im folgenden die zu seiner Beschaffung nötigen Untersuchungen veranstaltet werden.

Zunächst scheint sofort der erste Satz des ersten Paragraphen über Zession, des § 398, jede Möglichkeit einer anticipierten Zession auszuschliessen. Denn mit den Worten: „eine Forderung kann übertragen werden“ verlangt er zweifellos zur Vornahme einer Abtretung das Vorhandensein einer Forderung, während es ja gerade im Wesen der anticipierten Zession liegt, dass noch keine Forderung vorhanden ist. Von den Anhängern der Abtretbarkeit wird nun auch nicht geleugnet, dass eine nicht existente Forderung, also ein Nichts, ein „Nonens“, wie Eccius bei Gruchot sich ausdrückt, nicht übertragen werden kann; so ausdrücklich Planck:[11]) „eine noch nicht bestehende Forderung kann freilich nicht über-

[9]) in DJZ. 1903, S. 28 ff.

[10]) Die Einzelheiten in der Literatur werden bei der eigentlichen Behandlung der Frage angeführt.

[11]) Bem. 4e zu § 398.

gehen". Ihrer Ansicht nach soll vielmehr der Vertrag über das künftige Recht so geschlossen werden, dass er erst mit Existentwerden dieses Rechtes wirksam wird; so Planck an derselben Stelle. Bei dieser Konstruktion liegt also eine zeitliche Trennung von Abschluss und Wirkung eines Vertrages vor. Ein gerade hier sehr naheliegendes Analogon zu unserem Fall ist die Abtretung einer bedingten Forderung, die in der Literatur überwiegend für gültig gehalten wird. Auch bei ihr muss der Abtretungsvertrag geschlossen werden derart, dass er seine Wirkung notwendig erst bei Eintritt der Bedingung äussern kann, so dass also auch hier Abschluss und Wirkung auseinander fallen.

Andere Anhänger der anticipierten Zession, besonders v. Tuhr,[12]) gehen gleichfalls von dem Satze aus, dass ein Nichts nicht zediert werden könne. Ein über eine nicht existierende Forderung geschlossener Vertrag sei also wirkungslos; aber nicht wirkungslos im Sinne von nichtig, d. h. definitiv unwirksam. Vielmehr sei diese Wirkungslosigkeit heilbar dadurch, dass die bei Abschluss der Vertrages nicht existent gewesene zukünftige Forderung später ins Leben tritt. v. Tuhr argumentiert so:

> wer über ein fremdes Recht verfügt, verfügt zunächst unwirksam, weil dieses Recht nicht in seiner Verfügungsmacht steht; erwirbt er aber später das Recht, so tritt nach § 185 Abs. 2 BGB. Konvaleszenz ein;
>
> wer über ein nicht existierendes Recht verfügt, verfügt zunächst ebenfalls unwirksam, weil etwas Vorhandenes eben auch nicht in seiner Verfügungsmacht steht. Erwirbt er aber später das Recht, d. h. gelangt das Recht zur Entstehung, so konvalesziert die zunächst unwirksam gewesene Verfügung ebenfalls nach § 185 Abs. 2.

[12]) DJZ. 04, S. 426 ff.

Gegen diese v. Tuhr'sche Konstruktion wendet sich Eccius.[13]) Er weist treffend nach, dass der Ausgangspunkt, auf dem sich die v. Tuhr'sche Konstruktion aufbaut, nicht richtig ist: der Satz nämlich, dass Begriffsmerkmal der „Verfügung" nach BGB. das Verfügungsrecht des Verfügenden über die verfügte Sache oder das verfügte Recht sei. Er weist nach, dass die These: „nur ein Berechtigter kann gültig verfügen", von derartig vielen Ausnahmen durchbrochen ist, dass sie zum Begriffsmerkmal der Verfügung keineswegs herangezogen werden könne; dass demnach die v. Tuhr'sche Argumentation: die Verfügung über ein nicht existierendes Recht ist unwirksam, weil das Recht nicht in der Verfügungsmacht des Verfügenden steht, den Todeskeim gerade in dieser letzteren Begründung, auf der sie sich aufbaut, trägt und somit auch in der weiteren Entwicklung unheilbar krankt. Am deutlichsten zeigt die eben dargelegte Planck'sche Konstruktion mit ihrem Auseinanderfall von Abschluss und Wirkung, dass die Verfügung über ein nicht existierendes Recht bei geeigneter Konstruktion eben nicht unwirksam ist.

v. Tuhr hat nun neuerdings (1908)[14]) das Thema von der Zession künftiger Forderungen einer nochmaligen Erörterung unterzogen, in welcher er auf seinem bejahenden Standpunkt beharrt, im übrigen aber gerade diese seine von Eccius angegriffene Konstruktion über das Wesen der anticipierten Zession zu Gunsten der Planck'schen Konstruktion aufgibt. Das scheint mir aus folgenden Sätzen, die ich wörtlich zitieren möchte, klar hervorzugehen:

„Die Abtretung künftiger Forderungen unterscheidet sich von der Zession bestehender Forderungen dadurch, dass die Wirkung der Abtretungserklärung nicht sofort eintritt, sondern erst mit der Entstehung der Forderung, auf die sich die Abtretung bezieht."

[13]) bei Gruchot Bd. 48, S. 466 ff.
[14]) im Bankarch. 7. Jg. Nr. 18.

Das ist also genau die Planck'sche Konstruktion! und während er in seinem Artikel in der Deutschen Juristenzeitung 1904 ausdrücklich die Gleichartigkeit einer „Verfügung über fremdes Recht" und einer „Verfügung über nicht existierendes Recht" betont und aus dieser Gleichartigkeit in Analogie des § 185 BGB. die Möglichkeit einer anticipierten Zession ableitet, fährt er im Bankarchiv hinter dem oben zitierten Satze fort:

„Die Rechtslage ist ähnlich(!) wie bei der in § 185 vorgesehenen Verfügung über fremde Rechte."

Ich lese aus diesen beiden Sätzen heraus, dass v. Tuhr seine in der Deutschen Juristenzeitung 1904 aufgestellte Konstruktion, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend zu Gunsten der Plank'schen aufgibt.

Eccius greift nun[15]) auch die Planck'sche Theorie an. Er meint: an sich sei es wohl möglich, dass bei Abschluss eines Vertrages seine Wirkung auf einen späteren Zeitpunkt hinausgeschoben würde. Ausgeschlossen sei diese Trennung von Abschluss und Wirkung aber immer dann, wenn ohne diese Trennung die Wirkung nicht sofort eintreten könnte (einzutreten imstande wäre). — M. a. W.: machen zwei Parteien bei Abschluss eines Vertrages ab, die Wirkung dieses Vertrages hinauszuschieben, so ist diese Abmachung

immer dann gültig, wenn bei ihrer Weglassung die Wirkung sofort eintreten würde und könnte;
immer dann nichtig, wenn bei ihrer Weglassung die Wirkung nicht sofort eintreten würde und könnte.

Bei einem Vertrag über etwas nicht Vorhandenes, bei dem die Wirkung durch Parteiwillen bis zum Existentwerden des Nichtvorhandenen hinausgeschoben wird, kann natürlich ohne diese Hinausschiebung

---

[15]) in ders. Abhdlg. bei Gruchot Bd. 48, S. 470.

sich keinerlei Wirkung äussern, und aus diesem Grunde verwirft Eccius die Planck'sche Konstruktion.

Ich weiss nicht, wo Eccius diesen seinen angeführten Satz herleitet. Im Gesetz findet sich für ihn jedenfalls nicht die geringste Stütze. Richtig an dem Satz ist, dass, wenn normalerweise (bei Verfügung über ein vorhandenes Recht) die Wirkung auf einen späteren Termin hinausgeschoben wird, diese Wirkung (der Uebergang des Rechtes) auch sogleich bei Abschluss der Vertrages hätte eintreten können, da das zu zedierende Recht ja real vorhanden war. Es liegt aber nicht der mindeste Grund vor, diese Normalregel zum Fundamentalsatze zu erheben. Ausnahmen von dem Eccius'schen Satze, die Wirkung könne nur dann hinausgeschoben werden, wenn sie ohne die Hinausschiebung auf der Stelle einzutreten imstande wäre, zu bilden, ist deshalb schwer, weil aus dem Gebiet der Verfügung über Rechte solche Beispiele nicht hergeholt werden können, da dieses Gebiet ja gerade das streitige ist, Verfügungen über künftige Sachen, aber unbestritten nicht möglich sind.[16]) Trotzdem gibt uns das Gesetz selbst ein ausgezeichnetes Beispiel, das den Eccius'schen Satz ad absurdum führt. Nach § 956 BGB. erwirbt nämlich derjenige, dem vertraglich das Recht zur Aneignung von Früchten von einem anderen überlassen wird, und der zugleich im Besitz der fruchttragenden Sache ist, das Eigentum an den Früchten mit der Trennung. Hier liegt nach der Meinung eines grossen Teils der Literatur eine wirkliche Verfügung über künftige Sachen kraft Gesetzes vor.[17]) Auch hier könnte bei Abschluss des Aneignungsvertrages die Wirkung desselben, nämlich der Eigentumsübergang der Früchte, nicht sofort eintreten, da die Früchte ja

---

[16]) cf. hierzu die Ausführungen Süss a. a. O. S. 16/17.

[17]) So Kohler im Arch. BR. Bd. 18, S. 107 ff; Süss a. a. O. S. 18; v. Tuhr DJZ. 04, S. 427; Planck § 956 4.

noch gar nicht zu existieren brauchen; trotzdem ist nach BGB. ein solcher Vertrag gültig. — Die Verfügung über bedingte und betagte Rechte, die in der Literatur fast unbestritten ist, und bei denen die bei ihrer Abtretung sich abspielenden Vorgänge (Trennung von Abschluss und Wirkung) zweifellos dieselben sind, wie bei den zukünftigen Rechten, bei denen ferner die Wirkung, genau wie bei den künftigen, nicht sofort mit Abschluss des Veräusserungsvertrages eintreten könnte — die Verfügung über bedingte und betagte Rechte möchte ich als Argument gegen den Eccius'schen Satz nicht heranziehen; denn obgleich, wie bemerkt, die Literatur fast durchgängig ihre Abtretung als selbstverständlich bejaht, möchte ich mich den von Hoddick[18]) ausgesprochenen Bedenken anschliessen: dass nämlich bedingte und betagte Rechte auch k ü n f t i g e Rechte sind, wenn bei ihnen auch zum Unterschied von den technischen künftigen, d. h. den jeder Unterlage entbehrenden Rechten schon der Grund gelegt ist. Deshalb unterliegt eine Verfügung über sie den gleichen konstruktionellen Schwierigkeiten, wie die Verfügung über technisch künftige Rechte, und es kann der herrschenden Lehre, die ihre Abtretbarkeit als selbstverständlich bejaht, nicht beigepflichtet werden. Aus diesen Gründen kann die Verfügung über bedingte/betagte Rechte nicht gegen den Eccius'schen Satz ins Feld geführt werden. Das oben angeführte, dem § 956 BGB. entlehnte Beispiel genügt jedoch, um den Eccius'schen Satz nicht für zutreffend zu erachten und somit die Planck'sche Konstruktion einer anticipierten Zession mit ihrem Auseinanderfall von Abschluss und Wirkung für die zutreffende zu halten.[19])

---

[18]) a. a. O. S. 29 und 30; cf. hier auch die einschlägige Literatur über die Abtretungsmöglichkeit bedingter und betagter Rechte.

[19]) Das RG. nimmt übrigens in den Gründen zu RGZ. Bd. 67, S. 166 genau denselben Standpunkt ein.

Es wäre demnach infolge der Planck'schen Konstruktion dem Verlangen des § 398 nach Vorhandensein einer Forderung auf die geschilderte Weise (Trennung von Abschluss und Wirkung) Genüge getan. —

§ 398 Abs. 2 sagt nun weiter, dass mit dem Abschluss des Vertrages an Stelle des bisherigen Gläubigers der neue Gläubiger tritt. § 398 Abs. 2 fordert also einen „bisherigen Gläubiger", und zwar bei Abschluss des Vertrages. Legt man diesen Paragraphen dem Wortlaut nach aus, so kommt man zu folgendem Resultat: Da ein „bisheriger Gläubiger" bei Abschluss des Vertrages gefordert wird, bei der anticipierten Zession mit ihrem Auseinanderfall von Abschluss und Wirkung aber zur Zeit des Abschlusses überhaupt noch keine Forderung, geschweige denn ein „bisheriger Gläubiger" vorhanden ist, so widerspricht die anticipierte Zession einer strikten Gesetzesvorschrift, ist mithin nicht möglich. So legt in der Tat Eccius[20]) den § 398 Abt. 2 aus und sieht in ihm eines seiner stärksten Argumente gegen die Uebertragung zukünftiger Forderungen. Demgegenüber weist Dernburg[21]) mit Recht darauf hin, dass man den § 398 Abs. 2 nicht dem Wortlaut, sondern dem Sinne nach auslegen müsse. Es fragt sich: welche Bedeutung hat die Vorschrift des § 398 Abs. 2? aus welchem Grunde ist er gerade in dieser Wortfassung in das Gesetz gekommen? Dabei ergibt sich nach Dernburg zweifellos, dass die Fassung: „Mit dem Abschluss des Vertrages tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers", bedeutet: nach modernem Recht ist die Zession schon mit Abschluss des Vertrages perfekt; es bedarf nicht mehr der römischen denuntiatio.

a) Fallen also (bei Abtretung einer bestehenden Forderung) Abschluss und Wirkung des Vertrages zusammen, so wird die Zession sofort perfekt; es be-

[20]) bei Gruchot Bd. 53, S. 1 ff.
[21]) Bd. II, S. 350.

darf also auch schon jetzt bei Perfektwerden (=Abschluss) des Vorhandenseins eines „bisherigen Gläubigers".

b) Fallen aber (bei Abtretung einer zukünftigen Forderung) Abschluss und Wirkung auseinander, so wird die Zession erst mit dem Eintritt der Wirkung perfekt; es bedarf also erst jetzt bei Perfektwerden (= bei Eintritt der Wirkung) des Vorhandenseins eines „bisherigen Gläubigers".

Zum Beweise der Richtigkeit des letzten Satzes muss man sich nur klar sein, welche Funktion der „bisherige Gläubiger" zu erfüllen hat, warum er überhaupt vorhanden sein muss. Er ist der, von dem aus wie von einem Sprungbrett die entstandene Forderung überspringt auf den neuen Gläubiger; ist er daher in dem Moment, wo dieser Sprung vor sich geht (bei Eintritt der Wirkung) vorhanden, so genügt das und muss genügen. Sein Vorhandensein vor diesem Zeitpunkt wäre gleichgültig, unnötig; und es muss deshalb als Formalismus abgelehnt werden, aus einer ganz andere Dinge behandelnden Gesetzesstelle heraus diese Forderung aufzustellen, weil ihr Wortlaut sie aufzustellen scheint.

Ich fasse das Ergebnis dahin zusammen: Es genügt bei Abtretung künftiger Forderungen, bei welcher Abschluss und Wirkung des Abtretungsvertrages auseinanderfällt, wenn der in § 398 Abs. 2 geforderte bisherige Gläubiger bei Eintritt der Wirkung vorhanden ist. — Dernburg[22]) will die Schwierigkeit, die das Verlangen des § 398 Abs. 2 nach einem bisherigen Gläubiger mit sich bringt, sehr einfach damit umgehen, dass er sagt: Die Fassung des § 398 Abs. 2 bezwecke nur Beseitigung einer denuntiatio; infolgedessen scheide er für unsern Fall ganz aus. Ich glaube, das geht zu weit. Gewiss bezweckt § 398 Abs. 2 nur die Beseitigung der denuntiatio; aber da-

[22]) Bd. II, S. 350.

mit ist doch die Tatsache nicht aus der Welt gebracht, dass zum Uebergang einer Forderung einer da sein muss, an den sie übergeht, aber auch einer, von dem aus sie übergeht! Die Frage ist bloss, wann der, von dem aus sie übergeht, also der „bisherige Gläubiger", existent sein muss; nicht, ob er existent sein muss.

Ich glaube deshalb auch, dass es durchaus nicht gleichgültig ist, wie man nun eigentlich den Moment des Ueberganges einer zukünftigen Forderung konstruiert! Es wird nämlich zwiefach konstruiert:

a) die Forderung wird im Moment ihres Entstehens existent bei dem Zessionar (dem neuen Gläubiger), d. h. im Moment der Entstehung fällt sie sofort dem Zessionar zu,[23])

b) oder sie entsteht in der Person des Zedenten (des bisherigen Gläubigers), springt aber in demselben Moment auf den Zessionar über.[24])

In seinem bereits oben angezogenen Aufsatz im Bankarchiv stellt v. Tuhr die beiden Konstruktionen als die möglichen nebeneinander, toleriert also beide; denn, wie er meint, führen sie zu gleichen praktischen Resultaten. Ich glaube aber, wie bemerkt, dass es ein erheblicher Unterschied ist, ob man der einen oder der anderen Konstruktion folgt. Schliessen wir uns der unter a) angeführten Meinung an, so stehen wir vor der Tatsache, dass ein bisheriger Gläubiger, dessen Vorhandensein unter allen Umständen zum Uebergang einer Forderung gefordert werden muss, nicht vorhanden ist! Denn zur Zeit des Abtretungsvertrages existierte ja die (zukünftige) Forderung noch gar nicht, mithin auch kein Gläubiger. Und im Moment des Eintritts der Wirkung des Vertrages, also

---

[23]) So v. Tuhr, DJZ. 04, S. 429.

[24]) So Planck, Bem. 4e zu § 398; Kohler, Proz. als Rechtsverh. S. 85; Oertmann zu § 399, 1 g γ; Berlin a. a. O. S. 40; Süss a. a. O. S. 66.

mit Eintritt ihres Existentwerdens, stand sie sofort dem neuen Gläubiger, dem Zessionar zu. Folgen wir also dieser v. Tuhr'schen Konstruktion, so kommen wir über die Forderung eines bisherigen Gläubigers nicht hinweg. Und wenn v. Tuhr im Bankarchiv zur Gültigkeit der anticipierten Zession nur für nötig hält: „dass die Forderung, über die der Zedent im voraus verfügt, in seiner Person entsteht, bezw. enstanden wäre, wenn die Zession nicht stattgefunden hätte," so glaube ich, dem mit dem Gesetz entgegenhalten zu müssen, dass unbedingt zur Zeit des Perfektwerdens der Zession ein bisheriger Gläubiger, von dem aus die Forderung übergeht, vorhanden sein muss, nicht bloss hätte vorhanden sein müssen, wenn die Zession nicht stattgefunden hätte. Nach der v. Tuhr'schen Konstruktion springt eine bis dahin nicht vorhanden gewesene Forderung aus dem Nichts heraus dem Zessionar, dem neuen Gläubiger, zu. Das ist originärer Erwerb einer Forderung, keine derevative Uebertragung!

Ich glaube, aus diesen Gründen der unter b) angeführten Ansicht beitreten zu müssen. Nach ihr haben wir den bisherigen Gläubiger in der Person des Zedenten, der diese Stellung im Moment des Entstehens der Forderung erhält, wenn auch nur als momentane Uebergangsstellung. — Es ist somit dargetan, dass die in § 398 BGB. der anticipierten Zession scheinbar entgegenstehenden Vorschriften bei geeigneter Konstruktion der Zession ihr doch nicht hinderlich werden können. Weitere Stellen im Gesetz, die man gegen die Zession ins Feld führen könnte, sind in der Literatur nicht geltend gemacht und wohl auch kaum vorhanden. Dagegen werden von den Gegnern der anticipierten Zession eine Menge andere Gründe gegen sie ins Feld geführt. Vor allem ist es Eccius, der in drei ausführlichen Aufsätzen[25]) sich als nicht zu über-

[25]) DJZ. 04, S. 54 ff; Gruchot Bd. 48, S. 466 ff.; Bd. 53, S. 1 ff.

zeugenden Gegner bekennt. Ueber die ersten beiden Aufsätze in der Deutschen Juristenzeitung und bei Gruchot Band 48 ist bereits oben S. 49 ff. gesprochen. Es handelt sich jetzt um seine erneute Stellungnahme im Gruchot-Band 53, wo er sich allerdings notgedrungen in vielem wiederholt, jedoch auch neue Argumente bringt, auf die jetzt eingegangen werden soll. So bringt er hier (unter Nr. 3) ein Beispiel, an dem er zeigt, wohin es führen würde, wenn wirklich „die Abtretung einer als künftig erhofften Forderung mit dem Entstehen der Forderung ihren Uebergang bewirken würde". A, ein Verschwender, schenkt seiner Geliebten B mündlich die (zukünftige) Forderung aus dem von ihm beabsichtigten Verkauf seines Gutes an den X, und tritt ihr für den Fall des Gelingens des Kaufes diese künftige Forderung ab. Danach wird er auf Antrag seiner Frau entmündigt. Der Vormund des Entmündigten verkauft nun in einer Zwangslage das Gut wirklich an X. Das Ergebnis ist, dass die Forderung aus diesem Kaufabschluss der Geliebten B zusteht, da die Abtretung bereits vor dem Kaufabschluss bindend geworden ist, infolgedessen ein entgegenstehender Wille des Vormunds wie auch des Vormundschaftsgerichts nicht in die Wagschale fällt.

Gewiss kein erfreuliches Resultat. Aber will Eccius wirklich wegen eines nicht befriedigenden Einzelfalles den Stab über eine sonst gute und zweifellos verkehrsfördernde Rechtsgestaltung brechen? Einzelfälle bestätigen weder die Unbrauchbarkeit, noch vor allem die Unrichtigkeit eines Instituts!

Unter Nr. 6 weist er auf das wunderliche Ergebnis hin, das entsteht, wenn dieselbe zukünftige Forderung mehrmals abgetreten wird; dann müssten mit Existentwerden der Forderung die mehreren Abtretungen in demselben Moment wirksam werden. Planck, der für diesen Fall analogisierend auf § 185 Abs. 2 Satz 2 BGB. verweist, soll nach Eccius mit dieser

Verweisung nicht durchdringen können. Ich vermag das nicht einzusehen. Wenn von mehreren Verfügungen über denselben fremden Gegenstand bei eintretender Konvaleszenz laut § 185 Abs. 2 Satz 2 nur die frühere wirksam wird: so ähnelt doch zweifellos dieser Fall dem von Eccius aufgestellten sehr, so dass man sehr wohl analog verfahren kann; denn auch im Falle des § 185 müssten an sich die mehreren Verfügungen gleichzeitig wirksam werden. Man darf allerdings nicht, wie es v. Tuhr (cf. oben S. 48) wollte, Verfügungen über fremde Rechte und Verfügungen über nicht existente Rechte gleich behandeln; aber einer analogen Behandlung dürfte nichts im Wege stehen.

Der unter Nr. 7 vorgebrachte Vorwurf, dass die Gegner sich über die Worte „Forderung", „Gläubiger" etc. (in § 398) hinwegsetzen, trifft uns nicht, da wir der Forderung des § 398 in der ausführlich dargelegten Weise Genüge getan zu haben glauben.

Von anderen Gegnern der anticipierten Zession wurde mehrfach geltend gemacht, die Ungültigkeit derselben ergebe sich daraus, dass über nicht existierende Sachen nicht verfügt werden könne, also auch nicht über nicht existierende Rechte bezw. Forderungen. Dieser Gedanke liegt den Ausführungen Lützelers[26]) zugrunde, der sich gegen die Veräusserung zukünftiger Geschäftsanteile ausspricht; und eben so stützt sich Strauss[27]) auf den Satz Dernburgs, die Abtretung von Rechten laufe „parallel der Uebereignung und Uebergabe körperlicher Sachen". Gegen Lützeler (und damit also auch gegen Strauss) führt Wäntig[28]) treffend aus, dass diese Gegenüberstellung einer Veräusserung von zukünftigen Rechten und Sachen verfehlt sei; denn über nicht vorhandene Sachen kann einfach deshalb nicht verfügt werden, weil das

[26]) in der Zeitschr. d. dt. Not V. 1902 S. 536 ff.
[27]) in DJZ. 1903, S. 342.
[28]) in der Zeitschr. d. dt. Not V. 1906 S. 396.

Gesetz ausser der Einigung immer noch eine körperliche Uebergabe vorschreibt, während für die Uebertragung von Rechten und Forderungen dieser Satz nicht gilt.[29] — —

Wir haben im vorhergehenden zuerst die im Gesetz scheinbar gegen die anticipierte Zession sprechenden Bestimmungen untersucht und sie für nicht durchschlagend gefunden; haben uns dann mit den Gegnern der Abtretung künftiger Forderungen beschäftigt und ihre Argumente zu widerlegen versucht. In paralleler Darstellung soll im folgenden zuerst im Gesetz selbst nach Anhaltspunkten für die anticipierte Zession gesucht und dann zu ihren Anhängern übergegangen werden.

Da gibt es denn im Gesetz eine ganze Reihe von Bestimmungen, die ganz entschieden für die Möglichkeit einer Zession künftiger Forderungen sprechen.

Wenn allerdings Heuer[30]) aus §§ 308 und 437 BGB. den Schluss ziehen will, dass das Gesetz selbst eine Abtretung zukünftiger Forderungen kennt, so irrt er. Mit Recht weist Strauss[31]) darauf hin, dass es sich sowohl in § 308 wie in § 437 nur um obligatorische Vorverträge über die Zession eines Rechtes handle, dass solche aber selbstverständlich gültig seien und mit ihrer Gültigkeit für die Möglichkeit einer Verfügung über zukünftige Forderungen nicht das Geringste gesagt sei.

Treffend wird sowohl von v. Tuhr[32]) sowie von Lippmann[33]) auf den Kontokurrentvertrag des Han-

[29]) Als weitere Gegner der anticipierten Zession wären ferner zu nennen: Windscheid-Kipp II § 335, I e; Langheineken a. a. O. S. 55 sowie Brückmann im Arch. BR. Bd. 28, S. 259. Sie bringen keine wesentlich neuen Gesichtspunkte in den Streit um die anticipierte Zession, und braucht daher auf sie nicht näher eingegangen zu werden.

[30]) in DJZ. 1903 S. 28 ff.

[31]) in DJZ. 1903 S. 342.

[32]) im Bankarch. a. a. O.

[33]) in DJZ. 1904 S. 255 ff.

delsrechts hingewiesen als auf einen Vertrag, der, wie Lippmann sagt, „von der Zukunft lebt", durch den die Zessibilität künftig erst entstehender Forderungen beschränkt wird.

Ferner nennt Abrahamson[34]) den § 717 Satz 2 BGB., in dem gleich zwei Beispiele abtretbarer künftiger Forderungen enthalten sind. Nach diesem Paragraphen sind bei der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft abtretbar „die Ansprüche auf einen Gewinnanteil oder auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt", also zweifellos künftige Forderungen dann, wenn vor der Gewinnverteilung bezw. vor der Auseinandersetzung über sie verfügt wird.

Lippmann[35]) sowohl wie Dernburg[36]) weisen ferner treffend darauf hin, dass nach § § 765, 1113, 1204 BGB. für künftige Forderungen Bürgschaft sowohl wie Hypothek und Pfandrecht bestellt werden können, dass also das Gesetz künftige Forderungen durchaus nicht unberücksichtigt lässt, sie vielmehr als geeignete Objekte des Rechtsverkehrs hinstellt.

Hingewiesen soll auch noch darauf werden, dass nach herrschender Lehre bedingte/betagte Forderungen gültig abgetreten werden können, die ja auch künftige Forderungen sind. Sie rangieren in der von v. Tuhr vorgenommenen Dreiteilung künftiger Forderungen, die er im Bankarchiv VII, Nr. 18 aufstellt, „bei denen die Ungewissheit der Entstehung gewissermassen quantitativ abgestuft ist," an erster Stelle. Von diesen drei Gruppen interessiert uns speziell die z w e i t e, die der künftigen Forderungen aus einem bereits bestehenden Rechtsverhältnis, die in Gegensatz zu bedingten/betagten sowie auf der anderen Seite zu solchen Forderungen gestellt werden, die noch völlig im Ungewissen schweben, auf keinem vorhandenen

[34]) DJZ. 1903 S. 343.
[35]) a. a. O.
[36]) Bd. II, S. 350, Anm. 7.

Rechtsverhältnis basieren. Diese zweite Gruppe kommt für uns deshalb in Betracht, weil der Herausgabeanspruch aus § 2130, dessen Abtretbarkeit wir ja zu untersuchen haben, bereits eine feste Grundlage in dem zwischen Vorerben und Nacherben bestehenden Rechtsverhältnis hat. Die Abtretungsmöglichkeit gerade dieser Gruppe wird von den Anhängern der anticipierten Zession allgemein anerkannt, während sie bei der dritten, umfassenderen Gruppe sich uneins sind, wo hier die Grenzen der Abtretung gezogen werden sollen; so dass also der Abtretung des Herausgabeanspruchs aus § 2130 nichts im Wege steht. Wir befinden uns mit der Ansicht, dass ein derartig individualisierter Anspruch wie der Herausgabeanspruch aus § 2130 als zukünftiger abtretbar ist, in Uebereinstimmung mit der herrschenden Meinung in Literatur[37]) und Praxis.[38])

---

[37]) Staudinger II, 1 zu § 398 1 a α; Planck II, Bem. 4e zu § 398; Dernburg II, S. 350 Anm. 7; Matthiass S. 451. Neuerdings auch Oertmann, Schuldverhältnisse Anm. 1 g γ zu § 399 für genügend individualisierte Forderungen; Mittelstein a. a. O. S. 246/47 bei Behandlung künftiger Mietforderungen; v. Ohmeyer, Verfügungen über künftige Rechte; Rehbein a. a. O. S. 382; Süss a. a. O.; Bertin a. a. O.; Wisthoff a. a. O.; Gillmann a. a. O.; Hoddik a. a. O.; Heuer in DJZ. 1903, S. 28 ff.; Lippmann ebenda 1903 S. 471, 1904 S. 255 ff.; Abrahamson ebenda 1903 S. 342; v. Tuhr ebenda 1904 S. 426 ff. und Bankarchiv Jg. 7 Nr. 18; Grünebaum in DJZ. 1905 S. 801 ff.

[38]) RGZ. Bd. 55, S. 334. (vom 29. Septbr. 1903). dies. in JW. 1903 Beil. S. 124.

RGE. vom 26. April 1904 in DJZ. 1904 S. 744. RGZ. Bd. 67, S. 166 (vom 1. Oktober 1907). dies. in JW. 1907 S. 707 Zif. 11 (gegen Eccius).

OLG. Hamburg vom 1. Oktober 1901 in Hans. Ger.Z. 1902, Beibl. Nr. 21.

dies. in OLGRspr. Bd. 4 S. 213 ff.

OLG Braunschweig vom 18. Sept. 1903 in DJZ. 1905 S. 1016.

OLG. Hamburg vom 18. März 1905 in Hans. Ger.Z. 1905, Beibl. Nr. 98.

6. Kapitel.

Die Verpfändungsmöglichkeit des Herausgabeanspruchs als eines zukünftigen.

Im vorhergehenden wurde die Möglichkeit der Abtretung des Herausgabeanspruchs des § 2130 im Sinne von Veräusserungsmöglichkeit bejaht. Es fragt sich nun, ob auch seine Verpfändung zwischen Erbfall und Nacherbfall möglich ist, und müssen wir deshalb der Möglichkeit einer Verpfändung künftiger Rechte bezw. Forderungen nähertreten. An sich steht auch der Verpfändung eines zukünftigen Rechtes nichts entgegen. Bejahend äussern sich zu dieser Frage Heuer,[1]) v. Tuhr[2]) und Lippmann.[3]) Meist wird in der Literatur jedoch die Verpfändung gar nicht weiter erwähnt, und liegt auf diese Weise der Schluss, dass ihre Gültigkeit für selbstverständlich gehalten werde, überaus nahe.

Für unsere Frage müssen wir uns vor allen Dingen klarwerden, ob es sich bei Verpfändung des künftigen Herausgabeanspruchs aus § 2130 um Verpfändung eines Rechtes allgemein oder speziell einer Forderung handelt. Denn die Verpfändung einer Forderung bedarf zu ihrer Gültigkeit ganz anders als die Verpfändung eines Rechtes noch der in § 1280 BGB. statuierten denuntiatio. Es ist ohne weiteres klar, dass der Herausgabeanspruch des § 2130 weder ein Recht etwa im Sinne des Niessbrauchsrechts oder des Urheberrechts ist, auf der andern Seite aber auch keine gewöhnliche Forderung, wie etwa die Forderung auf

OLG. Jena vom 29. Oktober 1906 in DJZ. 1907 S. 76. dies. in Bl. f. Recht in Thüringen 1907 S. 176 ff. dies. im „Recht“ 1907 S. 56.

OLG. Dresden vom 28. November 1906 im Sächs. Arch. f. Recht 1907 S. 109.

[1]) in DJZ. 1903 S. 28.

[2]) in DJZ. 1904 S. 1904 S. 426, sowie im Bankarch. a. a. O.

[3]) in DJZ. 1903 S. 47.

Rückgabe eines Darlehns. Er ist, wie im Anschluss an die Literatur bereits oben auf S. 44 ff. ausführlich dargelegt, ein Gesamtanspruch, ein Inbegriff, eine Summe von Forderungen. Es fragt sich nun, ob die Zwitternatur eines solchen Gesamtanspruchs einfach dem Genussbegriff der Rechte zu unterstellen oder, als näher verwandt mit dem Spezialbegriff der Forderungen, für seine Verpfändung diesen analog zu behandeln ist. Ich möchte letzteres annehmen. Mehrere Forderungen, zu einem Oberbegriff zusammengegossen und verdichtet, pressen diesem Oberbegriff den Stempel ihrer eigenen Natur immerhin so deutlich auf, dass der Oberbegriff selbst Zeichen des Forderungscharakters nicht verleugnen kann. Ein solches Zeichen liegt schon in der Tatsache, dass wir es mit einem Anspruch zu tun haben, also mit dem Recht, ein Tun oder Unterlassen zu verlangen: Und mit dem Begriffe der Forderung verknüpft sich eng der Begriff des Rechtes auf ein Tun oder Unterlassen, während der viel umspannendere Begriff des Rechtes einerseits die Forderung selbst, auf der anderen Seite aber auch eine Reihe ganz anders gearteter Rechtsgebilde umfasst. Neigt aber die Natur des Gesamtanspruchs mehr zu den Forderungen speziell als zu den Rechten allgemein hinüber, so ist wohl der Schluss nicht verfehlt, diesen Gesamtanspruch bei seiner Verpfändung den für Forderungen gegebenen Bestimmungen zu unterstellen.

Bei einer Verpfändung künftiger Forderungen speziell im Gegensatz zu Rechten allgemein ist nun nach v. Tuhr ein Hemmungspunkt das in § 1280 BGB. zur Gültigkeit der Verpfändung einer Forderung statuierte Erfordernis der denuntiatio. So meint er im Bankarchiv, eine anticipierte Verpfändung würde wegen § 1280 schwierig sein, und in der Deutschen Juristenzeitung sagt er klar und deutlich, dass die Verpfändung künftiger Forderungen dann ausgeschlossen ist, wenn der Pfandgläubiger nicht weiss, wen

er nach § 1280 benachrichtigen soll.[4]) Nun ist es aber klar, dass bei den weitaus meisten zukünftigen Forderungen zur Zeit des Verpfändungs v e r t r a g s, der ja, wie wir sahen, bei Verpfändung zukünftiger Forderungen scharf von seiner Wirkung geschieden werden muss, noch kein Schuldner bekannt ist, dass demnach die Verpfändung künftiger Forderungen theoretisch zulässig, in praxi aber in der Regel nicht durchführbar sein würde. Ich glaube, dass sich dieses unbefriedigende Ergebnis, mit der einen Hand zu geben und mit der anderen zu nehmen, vermeiden lässt. In der Literatur, die, wie gezeigt, zu der Verpfändung künftiger Forderungen meist schweigt, habe ich positives Material für meine Ansicht, nur bei Hoddik[5]) und Bertin[6]) finden können. Beide sind der Ansicht, dass die denuntiatio nicht schon mit Abschluss des Verpfändungsvertrages (wo sie, wie gezeigt, normalerweise nicht durchführbar wäre), sondern erst mit Eintritt der Wirkung, mit Existentwerden der zu verpfändenden Forderung, zu geschehen brauche; in diesem Zeitpunkt ist der zu benachrichtigende Schuldner stets bekannt und wären somit die Schwierigkeiten bei der Verpfändung einer zukünftigen Forderung behoben. Beide Autoren geben aber keine Begründung ihrer Ansicht. Im folgenden will ich versuchen, diese abweichende Ansicht zu begründen.

Wir sahen oben, dass die anticipierte Zession, mit ihr auch die anticipando erfolgende Verpfändung, fast allgemein so konstruiert wird, dass man beim Zessionsvertrag Abschluss und Wirkung auseinander zieht, derart, dass erst mit Entstehung der zu zedierenden bezw. zu verpfändenden Forderung die Wirkung des Vertrages, nämlich der Uebergang der

[4]) Ebenso argumentieren Wisthoff a. a. O. S. 34; Süss a. a. O. S. 74, 75 und v. Ohmeyer a. a. O. S. 178.

[5]) a. a. O. S. 28.

[6]) a. a. O. S. 48.

Forderung, eintritt. Wir sahen weiter, dass § 398 BGB. dem Wortlaut nach schon beim Abschluss des Vertrages einen bisherigen Gläubiger verlangt, von dem aus die Forderung auf den Zessionar übergehen soll, und dass an dieser Forderung des § 398, wenn sie wörtlich ausgelegt wird, die ganze anticipierte Zession scheitern würde. Wir hatten uns dann aber vor Augen gehalten, dass der Sinn des § 398 ein ganz anderer ist, als sein Wortlaut scheinbar sagt; dass das Vorhandensein eines bisherigen Gläubigers vor Eintritt der Wirkung überflüssig sei, da die ihm zuerteilte Funktion erst bei Perfektwerden der Zession, also bei Eintritt der Wirkung, in Tätigkeit trete: und hatten aus all diesem gefolgert, dass es für die Zession zukünftiger Forderungen mit ihrem Auseinanderfall von Abschluss und Wirkung des Zessionsvertrages genüge, wenn der nun einmal nicht zu umgehende bisherige Gläubiger bei Eintritt der Wirkung vorhanden sei.

Genau so, meine ich, ist mit der denuntiatio des § 2180 zu verfahren. Das lässt sich aus seinem Wortlaut entnehmen! Nach ihm ist die Verpfändung einer Forderung nur wirksam, wenn s i e dem Schuldner angezeigt wird. Halten wir uns nun die zwei scharf zu scheidenden Stadien bei der anticipierten Verpfändung vor Augen:

1. Abschluss des Verpfändungsvertrages;
2. seine Wirkung.

Welches der beiden Stadien stellt die in § 1280 genannte, dem Schuldner anzuzeigende V e r p f ä n d u n g dar? Unbedingt das zweite! Denn es ist ja nach herrschender Lehre gerade das Charakteristikum der anticipierten Zession bezw. Verpfändung, dass der Uebergang bezw. das Verpfändet s e i n der zukünftigen Forderung erst mit der Wirkung des Zessionsvertrages, mit dem Entstehen der Forderung stattfindet! Erst mit Entstehen der zu verpfändenden Forderung tritt die Wirkung des zeitlich vorangegangenen

Zessionsvertrages, damit also die eigentliche „Verpfändung“ ein. Diese Verpfändung soll der Gläubiger dem Schuldner anzeigen, nicht, wie v. Tuhr und die anderen S. 64 angeführten Autoren meinen, den im Stadium 1 vorangegangenen Abschluss des Verpfändungsvertrages. Die Anzeige dieses letzteren wird freilich wegen des Fehlens des Schuldners der zukünftigen Forderung normalerweise nicht möglich sein; die Anzeige der eigentlichen Verpfändung, wie sie § 1280 fordert, ist aber stets möglich, weil zur Zeit dieser eigentlichen Verpfändung die zu zedierende Forderung notwendig entstanden sein und damit der Schuldner bekannt sein muss.

Ein weiteres Argument für die Richtigkeit dieses Satzes: dass die in § 1280 geforderte denuntiatio der „Verpfändung“ an den Schuldner erst zu geschehen braucht, wenn diese Verpfändung wirklich perfekt ist, also mit Eintritt der Wirkung des Zessionsvertrages (= Entstehung der zu verpfändenden Forderung), — ein weiteres Argument glaube ich den Gründen entnehmen zu können, die zu der Aufstellung dieser in § 1280 statuierten denuntiatio geführt haben. Diese denuntiatio soll die Uebergabe, die zur Verpfändung einer Sache nötig ist, und damit die bei der Verpfändung einer äusserlich nicht sichtbaren Forderung fehlende Publizität der Verpfändung ersetzen! Es soll also der Schuldner der verpfändeten Forderung von dieser Verpfändung Kenntnis haben, damit er nicht arglos die geschuldete Leistung vorzeitig seinem Gläubiger, dem Verpfänder, erstattet und auf diese Weise mit Erlöschen der verpfändeten Forderung auch das Pfandrecht erlischt.

Behalten wir diese der Bestimmung des § 1280 unterlegte ratio im Auge, so wird uns klar, dass es gegen die Zweckbestimmung der denuntiatio verstiesse, ihre Vornahme auch dann zu verlangen, wenn noch gar kein zu benachrichtigender Schuldner da ist, und, weil dieses Verlangen notwendig nicht erfüllt wer-

den kann, daraus die Unzulässigkeit der Verpfändung zu folgern

Aus diesen Gründen glaube ich, im Gegensatz zur herrschenden Lehre, dass eine Verpfändung zukünftiger Forderungen in jedem Falle möglich ist, da die in der denuntiatio liegende Schwierigkeit nicht mehr vorhanden ist; dass also auch die Verpfändung des Herausgabeanspruchs aus § 2130 zwischen Erbfall und Nacherbfall durchaus möglich ist. —

Das Resultat unserer Untersuchungen zusammenfassend, kommen wir zu folgendem Ergebnis:

Ueber das dem Nacherben zwischen Erbfall und Nacherbfall zustehende Anfallsrecht kann er ebensowenig wie über die ihm gegebenen Schutzrechte verfügen. Dagegen ist eine Verfügung über den in § 2130 BGB. statuierten Herausgabeanspruch zwischen Erbfall und Nacherbfall sehr wohl möglich und auf diese Weise der Nacherbe zur Bietung einer dinglichen Sicherheit schon zwischen Erbfall und Nacherbfall imstande.

Anhang.

Der Schutz der Verfügung gegen die Gefahren, welche ihr durch eine Ausschlagung der angefallenen Erbschaft von Seiten des Nacherben drohen.

Wir hatten gesehen, dass für den unbemittelten Nacherben die Frage der Schaffung dinglicher Sicherheit für einen Kreditgeber eine Lebensfrage sein kann; dass es im übrigen aber für jeden Nacherben grosse Annehmlichkeiten bietet, aus seiner zukünftigen Erbenstellung sich klingende Werte verschaffen zu können. Nun erhebt sich aber trotz der Bejahung der Möglichkeit, dingliche Sicherheit zu bieten, ein schweres Bedenken: das Bedenken, ob der Nacherbe die wohlerworbenen Rechte seines Geldgebers nicht dadurch illusorisch machen kann, dass er nach Eintritt des Nacherbfalls die ihm angefallene Erbschaft ausschlägt. Die Veräusserung bezw. Verpfändung des Herausgabeanspruchs aus § 2130 kann ja nicht verhindern, dass der zum Nacherben eingesetzte bei Eintritt des Nacherbfalls wirklich Erbe wird, d. h. sowohl Eigentümer wie Besitzer des Nachlasses. Der Erwerber des Herausgabeanspruchs kann nur die Herausgabe des Nachlasses an sich selbst verlangen. Infolgedessen ist es sehr wohl möglich, dass der Nacherbe nach Eintritt des Nacherbfalls durch Ausschlagung der ihm angefallenen Erbschaft den Erwerber des Herausgabeanspruches um seine ganze Sicherheit bringt.

Schlägt der Nacherbe nämlich aus, so gilt laut § 1953 Abs. 1 BGB. der Anfall an ihn als garnicht erfolgt, d. h. es wird so angesehen, als sei die Erbschaft beim Tode des Vorerben unmittelbar auf dessen Erben übergegangen, eine fictio legis, die zur

Folge hat, dass der Nacherbe keinerlei Rechte in Bezug auf die Erbschaft, also auch nicht den in § 2130 BGB. statuierten Herausgabeanspruch erhält. Mithin ist dieser Herausgabeanspruch, über den als nicht existenten der Abtretungsvertrag geschlossen war, gar nicht zur Entstehung gelangt; nicht eingetreten ist also auch die Wirkung des Abtretungsvertrages; er ist also als Vertrag ohne Wirkung eine rechtlich vollkommen irrelevante Handlung; der Erwerber des Anspruches hat nie Zessionar- und damit Gläubigerstellung in Bezug auf die zedierte Forderung erlangt und steht vollkommen ungedeckt.

Dass diese Ausschlagung des Nacherben trotz vorheriger Verfügung über den Herausgabeanspruch sich in 99 von 100 Fällen als dolose Handlungsweise darstellen wird, untersteht keinem Zweifel: Liegt denn in der Verfügung über die erbschaftlichen Rechte vor Eintritt des Nacherbfalls nicht eine A n n a h m e der Erbschaft? sodass eine spätere Ausschlagung einfach ausgeschlossen wäre! Die in der Verfügung liegende Annahme wäre dann vor Eintritt des Nacherbfalls erfolgt und es erheben sich folgende Fragen:

a) Ist es möglich, dass der Nacherbe die Erbschaft schon vor Eintritt des Nacherbfalls annimmt? (unten I).

b) wenn ja: würde in der Verfügung des Nacherben über seine späteren erbschaftlichen Rechte eine Annahme der Erbschaft zu erblicken sein? (unten II).

I.

Wo liegt im BGB. die sedes materiae zur ersten Frage? Zunächst kommt in Betracht § 2142, welcher bestimmt, dass der Nacherbe die Erbschaft a u s s c h l a g e n kann, sobald der Erbfall eingetreten ist, d. h. schon zwischen Erbfall und Nacherbfall. Der sich an diesen Paragraphen anschliessende lebhafte Streit in der Literatur ist nun der, ob man die Bestimmung des § 2142 für oder gegen die Möglich-

keit auch einer Annahme zwischen Erbfall und Nacherbfall verwerten könne. Hauptgegner der Möglichkeit einer solchen Annahme war bis vor kurzem Planck[1]). Nach der von Planck vertretenen Ansicht kam es vor allem auf die Feststellung an, ob die Bestimmung des § 2142 Abs. 1 nur die besondere Betonung und Wiederholung einer an sich vom Gesetz bereits (in § 1946) geregelten Frage sei. Danach würde die Möglichkeit einer Ausschlagung nur wegen ihrer besonderen Wichtigkeit nochmals hervorgehoben, die Möglichkeit einer Annahme aber einfach nach § 1946 gegeben sein; oder aber ob § 2142 einen Ausnahmesatz von § 1946 aussprechen und somit durch die besondere Betonung der Ausschlagung nur diese zwischen Erbfall und Nacherbfall für möglich hielte, die Annahme aber erst nach dem Nacherbfall.

Planck wollte nun eine solche Ausnahme durchaus konstruieren. Nach E I war das nicht schwer gewesen; denn dort bildete die Bestimmung des § 1832 Abs. 2 (jetzt § 2142 BGB.), dass der Nacherbe bereits mit Eintritt des Erbfalls ausschlagen könne, wirklich eine Ausnahme von der in E I § 2033 (jetzt § 1946 BGB.) statuierten Regel, dass der Alleinerbe erst nach dem Beginn der Ausschlagungsfrist ausschlagen könne. Im BGB. ist das nun aber geändert; auch der Alleinnacherbe kann laut § 1946 gleich mit Eintritt des Erbfalls ausschlagen, und es ist insofern die gleiche für den Nacherben getroffene Bestimmung keine Ausnahme mehr.

Planck half sich nun so, dass er die These aufstellte: bei der Nacherbschaft trete allgemein an die Stelle des Erbfalls der Fall der Nacherbfolge, d. h. also: regulär dürfte der Nacherbe erst mit dem Eintritt des Nacherbfalls, der für ihn dem in § 1946 genannten „Erbfall“ gleichsteht, ausschlagen; § 2142

[1]) Bem. 3 zu § 2142.

Abs. 1 enthalte also eine Ausnahme, wenn es dem Nacherben die Ausschlagung schon mit Eintritt des technischen Erbfalls (Tod des Erblassers § 1922) gestatte; und enthalte in der ausdrücklichen Ausnahmevorschrift für die Ausschlagung zugleich den Ausschluss der Erbschaftsannahme von der in § 2142 der Ausschlagung gewährten Vergünstigung.

Planck hat diese seine Konstruktion, dass § 2142 eine Ausnahme von § 1946 enthielte, neuerdings[2]) fallen lassen und kommt im Anschluss an Strohal zu dem entgegengesetzten Resultat: dass nämlich auch die Annahme schon zwischen Erbfall und Nacherbfall erfolgen könne. Strohal zeigt nämlich,[3]) dass der Planck'sche Versuch, die Bestimmung des § 2142 Abs. 1 als Ausnahmebestimmung von § 1946 zu konstruieren, unhaltbar ist aus folgenden Gründen:

In E. I stand § 1832 Abs. 2 (jetzt § 2142 Abs. 1 BGB.) v o r § 2033 (jetzt § 1946 BGB.). Als nun die zweite Kommission an die Bearbeitung des E. I herantrat, liess sie den § 1832 Abs. 2 (jetzt § 2142 Abs. 1) im grossen Ganzen bestehen. Erst nach längerer Zeit, nach mehr als einem halben Jahr, kam der § 2033 (jetzt § 1946) an die Reihe und wurde dahin abgeändert, dass der A l l e i n e r b e b e r e i t s m i t d e m E r b f a l l a u s s c h l a g e n und, wie man sich ausdrücklich entschied, auch annehmen könne. Mit Recht gibt daher Planck jetzt zu, dass bei einer derartig späteren Statuierung des jetzigen § 1946 ausgeschlossen sei, dass § 2142 Abs. 1 eine Ausnahme bezw. eine Einschränkung des viel jüngeren § 1946 enthalten könne; dass vielmehr der (ältere) § 2142 durch die ausdrückliche Regelung des (jüngeren) § 1946 so gut wie überflüssig geworden sei, und wie Planck ausdrücklich hervorhebt, „bei der systemati-

[2]) 3. Aufl. seines Kommentars, Bem. 4 zu § 2142.

[3]) Erbrecht Bd. I § 28a Anm. 3 u. Bd. II § 61a Anm. 1.

schen Neuordnung des fünften Buches, wobei die genannten Paragraphen ihre jetzige Stellung und ziffernmässige Bezeichnung erhielten, hätte gestrichen werden können".[4])

Mit Recht schliesst sich Planck daher jetzt der Strohalschen Ansicht an, dass sedes materiae § 1946 sei, nicht § 2142 Abs. 1, der lediglich eine Wiederholung des in § 1946 bereits Gesagten enthielte; dass also auf Grund des § 1946 der Nacherbe die Erbschaft nicht nur ausschlagen, sondern auch annehmen könne, sobald der Erbfall eingetreten sei.

Mit Planck ist der Hauptgegner der Möglichkeit einer Annahme vor Eintritt des Nacherbfalls weggefallen. Die gegnerische Ansicht vertreten noch Dernburg,[5]) der sich darauf stützt, dass für die Möglichkeit einer Annahme in § 2142 nichts besonderes statuiert ist, was, wie dargelegt, sich sehr einfach aus der Entstehungsgeschichte der § § 2142 und 1946 ergibt. Wenn Dernburg ferner meint, die Zulassung der Annahme vor Eintritt des Nacherbfalls sei deshalb nicht zweckmässig, weil sich die Nacherbschaft zwischen Erbfall und Nacherbfall so verschlechtern kann, „dass der Nacherbe die verfrühte Annahme leicht bitter bereuen müsste", so ist dem mit Planck entgegenzuhalten, dass im Gegenteil der Nacherbe wegen der ihm stets freizustehenden Beschränkung der Haftung für die Nachlassverbindlichkeit durch eine verfrühte Annahme kaum eine Vermögenseinbusse erleiden kann, während bei der verfrühten Ausschlagung die spätere Reue recht gut denkbar ist.

Wäntig, der in seinem bereits mehrfach angezogenen Aufsatz[6]) sich gleichfalls zu den Gegnern der vorzeitigen Annahme bekennt, dürfte wohl tatsächlich als Gegner nicht mehr zu zählen sein, da er in sei-

[4]) so auch ausdrücklich Neumann a. a. O. Anm. a zu § 2142.

[5]) Bd. V § 59 III.

[6]) in Dtsch. Not. Ztg. 1906 S. 403 ff.

nem Aufsatz sich genau, Schritt für Schritt, den früheren Planckschen Gegengründen anschliesst, die, wie wir sahen, Planck jetzt aufgegeben hat.[7])

Das Hauptargument für die Möglichkeit einer Annahme vor Eintritt des Nacherbfalls scheint mir in den von Strohal und im Anschluss an ihn auch von Planck bereits oben dargelegten Ausführungen über die Entstehungsgeschichte der § § 2142 und 1946 zu liegen. Wenigstens sind die Gründe, die Strohal sonst noch[8]) für seine Meinung anzuführen hat, bedenklicher Natur. So der Hinweis darauf, dass wegen der mehr „negativen Bedeutung" der Annahme die Ausschlagung vom Gesetz ausser in § 2142 auch sonst noch allein genannt würde, trotzdem dabei auch die Annahme einbegriffen sei; er beruft sich zum Beweise auf die § § 1942 und 1952 Abs. 1. Wäntig[9]) weist mit Recht darauf hin, dass § 1942 Abs. I, der den ipso iure Anfall statuiert, unbeschadet des Rechts, die Erbschaft auszuschlagen, Banalitäten aussprechen würde, wenn er den ipso iure Anfall statuierte, unbeschadet des Rechts, die Erbschaft a n z u n e h m e n oder auszuschlagen. Dass ferner in § 1952, wo die Vererblichkeit des Ausschlagungsrechtes bestimmt wird, eine Bestimmung über die Vererblichkeit des Annahmerechtes überflüssig wäre, da ja der Erbe, wenn er, ohne angenommen oder ausgeschlagen zu haben, stirbt, die Erbschaft einfach auf seine Erben weiter vererbt. Eher lässt sich schon hören, dass eine vor Eintritt des Nacherbfalls erklärte Ausschlagung in der Regel grössere Wirkung äussert als die im voraus erklärte Annahme, und aus diesem Grunde sich das

---

[7]) Als Gegner sind ferner noch zu nennen Windscheid-Kipp III § 668 No. 7; Staudinger Bem. 1 zu § 2142; Meyer S. 295 Nr. 14; wohl auch Meischeider letztwillige Verfügungen S. 283 und 284, sowie OLG. München vom 19. Juni 1907 in Seufferts Bl. f. Recht Bd. 72 S. 1000 ff.

[8]) Bd. 1 § 28a Anm. 3.

[9]) a. a. O.

Stehenlassen des an sich überflüssigen § 2142 Abs. 1 erkläre. Denn tatsächlich wird, soweit nicht ein Ersatzerbe vorhanden ist, die Stellung des Vorerben durch eine vor Eintritt des Nacherbfalls erklärte Ausschlagung eine ganz andere, stärkere, freiere, während die vorzeitige Annahme die Stellung des Vorerben nicht im mindesten tangiert.

Ich möchte mich also der Strohal/Planckschen Auffassung anschliessen und eine Annahme der Erbschaft vor Eintritt des Nacherbfalls für möglich erachten.[10])

II.

Damit nun, dass wir die Annahme der Nacherbschaft zwischen Erbfall und Nacherbfall für zulässig erachten, tritt an uns die weitere Frage heran: liegt in der Verfügung über den Herausgabeanspruch des § 2130 zwischen Erbfall und Nacherbfall bereits eine Annahme der Erbschaft?

Merkwürdig ist, dass Strohal, der Vorkämpfer der Annahmemöglichkeit zwischen Erbfall und Nacherbfall, eine bindende Annahme vor Eintritt des Nacherbfalls nur in der ausdrücklichen Erklärung an das Nachlassgericht sehen will.[11]) Gewiss wird ihm und Planck[12]) darin zuzustimmen sein, dass sich in der Geltendmachung der dem Nacherben zustehenden zahlreichen Schutz- und Sicherungsrechte durchaus keine Annahme der Erbschaft auszudrücken braucht. Strohal hält aber offenbar auch dann eine ausdrückliche Annahmeerklärung für notwendig, wenn der Nacherbe vor Eintritt des Nacherbfalls über andere erbschaftliche Rechte, wie den Herausgabeanspruch des § 2130

[10]) Anhänger der Annahmemöglichkeit zwischen Erbfall und Nacherbfall sind ferner Cosack Bd. 2 § 376 Anm. 12a; Böhm Erbrecht S. 250; Binder a. a. O. I S. 106; Peiser Handb. § 3 V, 4; wohl auch Endemann III S. 345 Anm. 10.

[11]) Bd. 1 § 28a. Anm. 3.

[12]) Anm. 4 zu § 2142.

und damit im praktischen Endeffekt doch schliesslich über die ihm später zufallende Erbschaft selbst, verfügt hat. Ich kann mich zu dieser Auffassung nicht bekennen. Gewiss ist Strohal darin Recht zu geben, dass man nicht in jeder konkludenten, einen Annahmewillen scheinbar zum Ausdruck bringenden Handlung eine Annahme wittern darf. Auf der anderen Seite ist aber eine Verfügung über den Anspruch des § 2130 von solcher Tragweite für den verfügenden Nacherben sowohl wie für den Erwerber, dass der Nacherbe als an sie gebunden erachtet werden muss, wenn anders nicht der das BGB. beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben ausser Kraft gesetzt werden soll. Der Nacherbe, der trotz seiner vorhergegangenen Verfügung über den Anspruch des § 2130 noch ausschlägt und damit die bereits gegebene Sicherheit wieder vernichtet, wird normaler Weise d o l o s handeln. Denn Vermögensnachteile kann er durch die ihm zufallende Erbschaft wegen der ihm stets offenstehenden Beschränkung seiner Haftung nicht erleiden. Dass er sich aber etwaige Scherereien, welche die angefallene Erbschaft mit sich bringt, gefallen lassen muss, ergibt sich sehr einfach, wenn man neben diese Unannehmlichkeiten den Verlust hält, den der Erwerber des Herausgabeanspruchs durch die Ausschlagung erleiden würde. Unbillig für den Nacherben ist also die Gebundenheit an seine Verfügung nicht. Wer eine Verfügung vornimmt, muss wissen, dass er sich bindet.

So äussert auch Wäntig,[13]) dass er in der Verfügung des Nacherben über erbschaftliche Rechte zweifellos eine Annahme sehen würde, wenn er die vorzeitige Annahme überhaupt für zulässig hielte. Planck, der sich nur darüber äussert,[14]) dass in der Geltendmachung der S i c h e r u n g s r e c h t e vor Eintritt des Nacherbfalls eine Annahme noch nicht zu erblicken ist, scheint mir an anderer Stelle in der Ver-

[13]) a. a. O. unten.

[14]) in den Bemerkungen zu § 2142.

fügung aber andere erbschaftliche Rechte eine Annahme zu sehen. Er sagt nämlich in Bemerkung 2e zu § 2033, dass in der Verfügung eines Mitnacherben über seinen zukünftigen Anteil am Nachlass normaler Weise eine Annahme zu erblicken sei. Nun ist ja allerdings juristisch die Verfügung eines Mitnacherben über seinen zukünftigen Anteil am Nachlass scharf zu trennen von der Verfügung eines Alleinnacherben über seine erbschaftlichen Rechte. Tatsächlich, und das kommt für unsere Frage allein in Betracht, tatsächlich liegt aber sowohl in der Verfügung des Mit- wie des Alleinnacherben eine Verfügung über seine künftige Erbschaft, sodass nicht einzusehen ist, warum Planck die Verfügung des Mitnacherben als stillschweigende Annahme der Erbschaft ansehen sollte, die Verfügung des Alleinnacherben aber nicht. Ich glaube also auch Planck als Gegner der Strohalschen Ansicht nennen zu dürfen und möchte daher in der Verfügung des Nacherben über den Herausgabeanspruch des § 2130 eine Annahme der Erbschaft erblicken. Auf diese Weise wäre der Erwerber des in § 2130 statuierten Herausgabeanspruches gesichert gegen die Vernichtung seiner erworbenen Rechte durch eine Ausschlagung der angefallenen Erbschaft von Seiten des Nacherben.